Austritt alter Gesellschafter und gleichzeitiger Eintritt neuer bei der offenen Handelsgesellschaft.

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Hohen rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät

der

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Kaiser Wilhelms-Universität Strassburg

vorgelegt von

Heinrich Krüer,
Referendar.

Berlin.
Hermann Blanke's Buchdruckerei, Kleine Rosenthalerstrasse 9.
1914.

Referent: Prof. Dr. H. Rehm.

Dem Andenken meiner lieben Eltern gewidmet.

Stoffgliederung.

Einleitende Vorbemerkung.

§ 1. Terminologisches. Uebersicht über die Entwickelung des Stoffes.

I. Abschnitt. Die Grundlagen unserer Untersuchung.

§ 2. Das Wesen der offenen Handelsgesellschaft.

I. Die Societätstheorie.

II. Die Theorie der juristischen Persönlichkeit.

III. Die Theorie der gesamten Hand.

§ 3. Austritt und Eintritt von Gesellschaftern.

§ 4. Das Gesellschaftsvermögen und die Anteile der Gesellschafter.

§ 5. Die Mitgliedschaft.

II. Abschnitt. Die juristische Behandlung des Austritts alter und gleichzeitigen Eintritts neuer Gesellschafter.

§ 6. Das Problem. Die Ansicht der Literatur.

§ 7. Eigene Ansicht.

§ 8. Einwendungen gegen die vertretene Ansicht und Widerlegung derselben.

Schlussbemerkung.

III. Abschnitt. Die Wirkungen des Austritts alter und gleichzeitigen Eintritts neuer Gesellschafter.

I. Die Wirkungen in Bezug auf die Gesellschaft und auf das Gesellschaftsvermögen.

§ 9. Der Fortbestand der Gesellschaft und der Firma.

§ 10. Einwirkung auf das Verhältnis der Gesellschafter zur Gesellschaft und zu Dritten.

I. Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht.

II. Einfluss auf schwebende Prozesse.

§ 11. Eintragungen im Handelsregister.

II. Die Wirkungen auf den Austretenden insbesondere.

§ 12. Verlust der Gesellschafterstellung.

§ 13. Die Auseinandersetzung.

§ 14. Der Sonderfall.

III. Die Wirkungen auf den Eintretenden insbesondere.

§ 15. Die Rechte des Eintretenden.

§ 16. Die Pflichten des Eintretenden.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548002_0050

Einleitende Vorbemerkung.

§ 1.

Terminologisches. Uebersicht über die Entwickelung des Stoffes.

I.

Für jede rechtswissenschaftliche Bearbeitung einer Frage aus dem Gebiete der offenen Handelsgesellschaft ist — angesichts des gerade auf diesem Gebiete herrschenden Streites juristischer Theorien — die möglichste Beschränkung der zu behandelnden Aufgabe unabweisbares Erfordernis.

Das vorliegende Thema bietet zu einer solchen Beschränkung insofern Anlass, als das Wort „Austritt" engere oder weitere Auslegung erfahren kann. Das Gesetz selbst gebraucht diesen Ausdruck nicht, auch die Literatur lässt eine feste Begriffsbestimmung vermissen; es bleibt daher nichts übrig, als auf den Sprachgebrauch des Wortes zurückzugreifen.

Hier nimmt nun das Wort „Austritt" gegenüber der Bezeichnung „Ausscheiden" insofern eine Sonderstellung ein, als es immer das Moment des Freiwilligen an sich trägt. Man wird von einem Gesellschafter, der aus der Gesellschaft ausgeschlossen worden oder durch Tod ausgeschieden ist, niemals behaupten, er sei „ausgetreten".

Wir werden dementsprechend im Folgenden nur das freiwillige Ausscheiden eines Gesellschafters, sei es durch Kündigung, sei es durch einen besonderen Austrittsvertrag mit den übrigen Gesellschaftern, und den gleichzeitigen Eintritt eines Gesellschafters zu betrachten haben. Dagegen bleibt im allgemeinen für uns der Fall des Erbeneintritts nach § 139 HGB. ausser acht, da hier kein „Austritt" des Erblassers vorliegt. Nur an einer Stelle wird sich Gelegenheit bieten, auch auf diesen Fall kurz einzugehen.

II.

Die Hauptaufgabe der vorliegenden Untersuchung wird die Beantwortung der Frage sein, ob in dem gleichzeitigen Aus- und Eintritt von Mitgliedern bei der offenen Handelsgesellschaft unter Umständen eine juristische Besonderheit, nämlich die Uebertragung der Mitgliedschaft, zu sehen ist, oder ob dieser Fall gegenüber dem Eintritt o h n e gleichzeitigen Austritt oder dem Austritt o h n e gleichzeitigen Eintritt keine oder nur tatsächliche, keine rechtlichen Besonderheiten aufweist.

Eine Beantwortung dieser Frage aber wird nur möglich sein, wenn zuvor die Grundfragen nach der juristischen Natur der offenen Handelsgesellschaft, nach dem Wesen des „Anteils" und seinem Verhältnis zur Mitgliedschaft, und nach der Möglichkeit des Austritts und des Eintritts bei der offenen Handelsgesellschaft ihre Erledigung gefunden haben. Ihre Beantwortung wird deshalb den Inhalt des ersten Abschnittes bilden.

Auf Grund der gefundenen Ergebnisse wird es sodann möglich sein, die Stellungnahme der Literatur in der oben angedeuteten Frage zu entwickeln, und zu untersuchen, ob sich die Ansichten der führenden Schriftsteller mit den von uns gefundenen Resultaten in Einklang bringen lassen. (II. Abschnitt).

Im III. Abschnitt endlich werden nach Klarlegung der juristischen Behandlung des gleichzeitigen Aus- und Eintrittes seine Wirkungen auf die Gesellschaft als Ganzes, auf den Austretenden und auf den Eintretenden insbesondere, kurz erörtert werden.

I. Abschnitt.

Die Grundlagen unserer Untersuchung.

§ 2.

Das Wesen der offenen Handelsgesellschaft.

Der Grund dafür, dass schon seit Jahrzehnten in der hartnäckigsten Weise um die juristische Natur der offenen Handelsgesellschaft gestritten wird, ist wohl in erster Linie darin zu suchen, dass wir über ihren geschichtlichen Ursprung so wenig unterrichtet sind. Allerdings hat schon gegen Ende des vorigen Jahrhunderts auf dem Gebiete der Geschichte der Handelsgesellschaften eine eifrige Forschung eingesetzt, über den Ursprung gerade der offenen Handelsgesellschaft aber haben diese Forschungen bis heute keine befriedigende Aufklärung geben können. Einer der ausgezeichnetsten Forscher auf diesem Gebiete, Rehme, erklärt noch in seiner neuesten Abhandlung über die Geschichte des Handelsrechts[1]) mit Bezug auf die offene Handelsgesellschaft, dass ihre Entwicklung noch nicht aufgeklärt sei.[2]) Er glaubt allerdings als sicher hinstellen zu können, dass sie sich aus der romanischen und germanischen Hausgemeinschaft entwickelt habe, und dass auf ihre Entwicklung demgemäss teils germanische, teils romanische Rechtsgedanken bestimmend gewesen seien.[3]) Es leuchtet aber ein, dass solche Feststellungen allgemeiner Natur keinesfalls genügen, um daraus einen Rückschluss auf die rechtliche Natur unserer heutigen offenen Handelsgesellschaft zu machen.

Vielmehr bleibt nichts übrig, — da das Gesetz ausdrücklich zu der Frage des juristischen Wesens der offenen Han-

[1]) in Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, Erster Band, S. 28 ff.

[2]) a. a. O. S. 103. vgl. auch S. 166, 167.

[3]) a. a. O. S. 103; 168.

delsgesellschaft keine Stellung genommen hat — als aus den vorhandenen gesetzlichen Bestimmungen allein die rechtliche Natur der offenen Handelsgesellschaft zu entwickeln. Nichts ist dabei erklärlicher, als dass man bei solcher Beurteilung des Wesens der offenen Handelsgesellschaft zunächst auf Rechtsinstitute zurückgriff, deren Wesen in der Rechtswissenschaft fest begründet war. Allerdings kam man hierbei zu diametral entgegengesetzten Resultaten. Die Einen glaubten in der offenen Handelsgesellschaft die — modifizierte oder unmodifizierte — societas des römischen Rechts zu sehen, und tatsächlich enthalten sowohl die Bestimmungen des alten Handelsgesetzbuches, als auch die im wesentlichen gleichen des neuen, viele Anklänge an die strenge Individualität jenes römischen Rechtsinstituts. Auf der anderen Seite aber fanden und finden sich unter diesen Bestimmungen über die offene Handelsgesellschaft viele, die die Vermutung nahe legen, der Gesetzgeber habe die offene Handelsgesellschaft ähnlich der Aktiengesellschaft etc. mit selbständiger Rechtspersönlichkeit ausstatten wollen, und so kam man zu dem Ergebnis: die offene Handelsgesellschaft ist eine juristische Person.[4])

So verständlich es ist, dass man den Begriff der offenen Handelsgesellschaft mit diesen feststehenden Begriffen identifizieren wollte, solange nicht ihre besondere Rechtsgestaltung nachgewiesen werden konnte, so unrichtig ist diese Art juristischer Begriffsbestimmung in ihrem Ergebnis. Die herrschende Meinung hat deshalb diese Art der Erklärung des juristischen Wesens der offenen Handelsgesellschaft aufgegeben. Aber, da die Vertreter der erwähnten Theorien ihre Ansicht auch unter der Herrschaft des neuen HGB. aufrecht erhalten (Kohler z. B. hat dies a. a. O. ausdrücklich ausgesprochen), so muss kurz die Unhaltbarkeit sowohl der Societätstheorie als auch der Theorie der juristischen Persönlichkeit nachgewiesen werden.

---

[4]) so Eccius, Z. f. d. g. Hr. Bd. 32 S. 5 ff.; Affolter Arch. Bürgerl. R. Bd. 5 S. 2 ff.; Kohler Arch. civ. Praxis Bd. 91 S. 204 ff.

I. Die Societätstheorie.

Was zunächst die römischrechtliche Societät angeht, so war diese ein rein obligatorischer Vertrag unter den einzelnen socii. Nur im Innenverhältnis sind die Gesellschafter zu einer Einheit verbunden, um dadurch besser einen gewissen Zweck erreichen zu können. Nach aussen dagegen tritt die Geschlossenheit der Gesellschaft kaum hervor. Es ist zwar möglich, dass die societas eine arca communis hat, aber dieses Gesellschaftsvermögen, wenn man überhaupt von einem solchen reden kann, führt keine gesonderte rechtliche Existenz. Vielmehr steht das „Gesellschaftsvermögen" den einzelnen socii nach ideellen Anteilen zu, so dass eine Gegenüberstellung von Privatvermögen der Gesellschafter und Gesellschaftsvermögen bei der societas unmöglich ist. Ein gemeinschaftlicher Name nach Art der Firma wird für die Gesellschaft nicht geführt, da sie nach aussen — wie schon bemerkt — gewöhnlich überhaupt nicht als Einheit auftritt. Was also die societas in erster Linie auszeichnet, ist der Grundsatz strengster Individualität. Es ist nicht möglich, dass ein socius aus der societas ausscheidet, ohne dass die ganze Gesellschaft zu existieren aufhört.

Ein Vergleich dieser Grundsätze mit den Bestimmungen, die das HGB. für die offene Handelsgesellschaft aufstellt, ergibt sofort, dass diese sich nicht in die streng individualistische Form der societas einzwängen lässt. Die Persönlichkeit der einzelnen Gesellschafter verschwindet nach aussen hin vollständig, die offene Handelsgesellschaft tritt lediglich unter ihrer Firma handelnd auf. Es besteht weiterhin bei der offenen Handelsgesellschaft ein Gesellschaftsvermögen, das von den Vermögen der einzelnen Gesellschafter völlig abgetrennt erscheint. Das Ausscheiden eines Gesellschafters kann geschehen, sofern die übrigen Gesellschafter einen dahingehenden Willen kundgeben, ohne dass es nötig wäre, durch einen neuen Gesellschaftsvertrag unter den zurückbleibenden Gesellschaftern eine neue Gesellschaft zu gründen. (Näheres darüber vgl. unten § 3). Ausser diesen sofort in die Augen springenden Unterschieden liessen sich noch mehr Anhaltspunkte dafür anführen, dass eine Zurückführung der offenen Handelsgesellschaft auf die rö-

mische societas nicht möglich ist. Die Vertreter der Societätstheorie haben sich dieser tiefgreifenden Unterschiede zwischen der offenen Handelsgesellschaft und der societas nicht verschliessen können, und so versuchen sie denn, die Societät zu „modifizieren". Nagler[5]) sieht hierin wohl mit Recht eine Erscheinung, die von Ihering als das Gesetz der logischen Sparsamkeit bezeichnet worden ist, dass „neue Probleme des Rechtslebens selbst noch in Stadien fortgeschrittener Entwicklung nur im Zusammenhang mit bislang vollgültigen Begriffen gedacht und so in veraltete Schablonen gezwängt werden, gleichviel ob man sich . . . . schliesslich doch dazu herbeilassen muss, weitgehende Modifikationen anzuerkennen." Die Societätstheorie wurde namentlich vertreten von Goldschmidt,[6]) von Hahn[7]) und Adler.[8]) Auch Laband[9]) ist unter diese Kategorie von Schriftstellern zu rechnen, wenngleich er innerhalb der Societätstheorie einen vollkommen selbständigen Standpunkt einnimmt. Eine Würdigung seiner Ansicht würde über den Rahmen der vorliegenden Arbeit hinausgehen, von der herrschenden Meinung wird sie heute auch durchweg nicht mehr anerkannt.

II. Die Theorie der juristischen Persönlichkeit.

Wenn, wie wir sahen, die Bemühungen, das Wesen der offenen Handelsgesellschaft in die Form der römischen societas einzuzwängen, im wesentlichen an der zu einseitigen Betonung der Individualität der Gesellschafter scheitern, so verfällt umgekehrt die Theorie der juristischen Persönlichkeit der offenen Handelsgesellschaft in den Fehler, die Individualität der Mitglieder ganz ausser acht zu lassen, und die offene Handelsgesellschaft losgelöst von der Persönlichkeit der Gesellschafter als ein selbständiges Rechtssubjekt anzusehen. Die Vertreter dieser Theorie,[10]) namentlich Kohler und Eccius, berufen sich zur

---

[5]) Sächs. Arch. f. bürgerl. R. Bd. 10 S. 700.
[6]) System, § 42 S. 133.
[7]) Kommentar, Bd. 1 4. Aufl. S. 455 ff.
[8]) Entwickelungslehre S. 70 ff.
[9]) Z. f. d. g. Hr. Bd. 30 S. 503 ff., Bd. 31 S. 1 ff.
[10]) vgl. oben S. 10, Anm. 4.)

Begründung ihrer Ansicht in erster Linie auf den § 124 HGB. bezw. für das alte Recht auf den Art. 111 Abs. 1 des alten HGB., der dem § 124 entspricht. Und in der Tat wird man angesichts der weitgehenden Rechte, die der offenen Handelsgesellschaft als solcher im § 124 Abs. 1 zugestanden werden, leicht geneigt sein, sie mit juristischer Persönlichkeit zu belehnen. Sie kann unter ihrer Firma, d. h. also ohne dass die Individualität der einzelnen Gesellschafter zum Vorschein käme, „Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden." Daraus folgern die Anhänger der Theorie der juristischen Persönlichkeit: Selbständig Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen kann nur ein von der Rechtsordnung anerkanntes Rechtssubjekt. Als solche erkennt das geltende Gesetz aber nur an entweder die physische oder die juristische Person. Da nun die offene Handelsgesellschaft keine physische Person ist, so muss sie eine juristische Person sein. Aber in dieser scheinbar richtigen Folgerung liegt der grosse Fehler, an dem diese Theorie krankt. Es wird nämlich noch zu zeigen sein, dass trotz der Bestimmung des § 124, der der Handelsgesellschaft als solcher Rechtsfähigkeit verleiht, doch bei allen Handlungen der offenen Handelsgesellschaft die Persönlichkeit der einzelnen Gesellschafter nicht gänzlich verschwindet, — was bei der juristischen Person notwendiges Erfordernis wäre — sondern dass die Gesellschafter in ihrer Zusammenfassung die Träger der Rechte und Verbindlichkeiten der offenen Handelsgesellschaft sind. Aus dem Mangel eines Rechtssubjektes heraus braucht also die offene Handelsgesellschaft nicht mit juristischer Persönlichkeit belehnt zu werden, da eine Zusammenfassung physischer Personen als Rechtssubjekt erscheint.

Eine andere Richtung innerhalb der Theorie der juristischen Persönlichkeit sieht in erster Linie den Grund für die Annahme der juristischen Person in der grossen Selbständigkeit des Gesellschaftsvermögens. Ja, Krückmann[11]) sieht sogar das Gesell-

[11]) Gruchot's Beiträge Bd. 37, S. 236.

schaftsvermögen als solches als juristische Person an, „die mit den übrigen natürlichen Personen zusammen die Summe der Handelsgesellschaft bildet.“ Sodann wird von den Anhängern dieser Theorie darauf hingewiesen, dass die Möglichkeit, dass der einzelne Gesellschafter Gläubiger und Schuldner der Gesellschaft, an der er selbst beteiligt ist, sein kann, unbedingt auf den Charakter der juristischen Persönlichkeit der offenen Handelsgesellschaft schliessen lasse.[12])

Es lässt sich nicht leugnen, dass gerade die Selbständigkeit des Vermögens und die eigenartige Stellung, die die Mitglieder gegenüber der Gesellschaft einnehmen können, die Annahme einer juristischen Person nahelegen. Allein diesen Anzeichen einer juristischen Persönlichkeit stehen schwerwiegende Momente entgegen, die die Annahme selbstständiger Rechtspersönlichkeit unmöglich machen. Dahin gehört namentlich zunächst die Tatsache, dass die Annahme einer juristischen Person der wirtschaftlichen Erscheinung der offenen Handelsgesellschaft keineswegs entsprechen würde. Bei der juristischen Person bleiben die einzelnen Individuen, aus denen sie sich zusammensetzt, ganz ausser Betracht. Ein Wechsel unter ihnen berührt den Bestand der juristischen Person nicht, die juristische Person allein ist es, die durch eigene Organe die Geschäfte treibt, und der Einzelne entwickelt im allgemeinen — soweit er nicht zugleich Organ ist — für die Zwecke der juristischen Person keine Tätigkeit. Ganz anders die offene Handelsgesellschaft. In der Mehrzahl der Fälle füllt die Tätigkeit der Mitglieder einer offenen Handelsgesellschaft ihre ganze berufliche Tätigkeit aus. Wenn es auch die Gesellschaft unter ihrer Firma ist, die Rechte erwirbt und Verbindlichkeiten eingeht, so steht doch der Einzelne mit seiner ganzen Persönlichkeit, mit seinem ureigensten Interesse hinter den Unternehmungen der Gesellschaft. Für alle Verbindlichkeiten, die sie eingeht, muss er mit seinem ganzen Vermögen unbeschränkt haften, ein Umstand, der sich in keiner Weise aus der Annahme einer juristischen Person erklären lassen würde.

[12]) so namentlich Eccius a. a. O. S. 10.

Neben dieser mehr wirtschaftlichen Erwägung ist aber auch aus dem Gesetz selbst mit Bestimmtheit zu entnehmen, dass die offene Handelsgesellschaft keine juristische Person ist. § 105 Abs. 1 HGB. bezeichnet sie nämlich ausdrücklich als „Gesellschaft", und § 105 Abs. 2 bestimmt, dass die Vorschriften über die Gesellschaft subsidiäre Anwendung finden sollen. Daraus folgt mit aller Entschiedenheit, dass die offene Handelsgesellschaft keine juristische Person sein kann, da sie eben eine Gesellschaft ist. Kohler[13]) freilich will diese Argumentation nicht gelten lassen, indem er behauptet, das Gesetz rede z. B. auch bei den Aktiengesellschaften von „Gesellschaftern", und die subsidiäre Geltung der Vorschriften der §§ 705 ff BGB. ergäbe sich schon aus Art. 2 EG. HGB. Die ausdrückliche Verweisung auf diese Subsidiarität weise also auf eine Ausnahme hin. Diese Gründe sind aber beide nicht stichhaltig; denn erstens ist es etwas Anderes, ob die offene Handelsgesellschaft ausdrücklich als Gesellschaft bezeichnet wird, oder ob die Aktionäre in Anlehnung an den Sprachgebrauch gelegentlich als Gesellschafter bezeichnet werden, da im letzteren Falle ein Zweifel an der juristischen Persönlichkeit der Aktiengesellschaft nicht möglich ist. (vgl. § 210 HGB.) Andererseits kann man aus der ausdrücklichen Verweisung des § 105 Abs. 2 auf die Vorschriften über die bürgerliche Gesellschaft trotz des Art. 2 EG. auch schliessen, dass hierdurch mit besonderer Nachdrücklichkeit der Charakter der offenen Handelsgesellschaft als Gesellschaft hervorgehoben werden soll.

In diesem Zusammenhang muss noch eine Variation erwähnt werden, die die Theorie der juristischen Persönlichkeit gefunden hat. Diese betrachtet die offene Handelsgesellschaft als „relative juristische Person"[14]) und will damit zum Ausdruck bringen, dass nur in gewissen Beziehungen, namentlich in ihrer Erscheinung nach aussen, die offene Handelsgesellschaft als juristische Person anzusehen ist, im Innenverhältnis dagegen voll-

---

[13]) Substanzrecht Arch. Ziv. Praxis Bd. 91 S. 204 Anm. 48.

[14]) Begründet ist diese Ansicht von Dahn, Handelsrechtl. Vorträge S. 76; ihr jetziger Hauptvertreter ist Gareis, das Dtsch. H. R. S. 218 und Handausgabe des HGB., Vorbem. zu § 105 S. 109.

ständig das Gepräge der Gesellschaft aufweist. Im Verhältnis zu der unbedingten Annahme einer juristischen Person ist dieser Theorie der Vorzug zu geben; denn sie vermeidet es, sich über Bestimmungen kaltblütig hinwegzusetzen, die offenbar der vertretenen Ansicht entgegenstehen. Aber trotzdem muss auch ihr die Anerkennung versagt werden. Man kann nämlich nicht — wie Goldschmidt mit Recht bemerkt[15]) — die juristische Person nach Art der Wolke des Polonius bald so und bald so ansehen. Die juristische Person hat keine besondere Innen- und Aussenseite, und eine Theorie, die ihr diese Eigenschaft aufoktroyieren will, ist nur geeignet, Verwirrung in feststehende Begriffe zu tragen.[16]) Ausser den beiden genannten Autoren hat die Theorie keine Anhänger gefunden.

III. Die Theorie der gesamten Hand.

Wenn wir so bisher zu einem rein negativen Resultate bez. der juristischen Natur der offenen Handelsgesellschaft gelangt sind, so erhebt sich jetzt die Frage: wenn die offene Handelsgesellschaft weder die Eigenschaft der societas noch die einer juristischen Person aufweist, als was ist sie dann juristisch anzusehen? Bei der Untersuchung dieser Frage hat sich gezeigt, dass man den Weg, die offene Handelsgesellsshaft aus römischrechtlichen Gesichtspunkten zu erklären, ganz verlassen musste, und sich der altdeutschen Rechtsanschauung zuwenden musste, wenn man den Eigenarten der offenen Handelsgesellschaft gerecht werden wollte. Diesen Gedanken brachte zunächst Beseler[17]) zum Ausdruck, indem er gleichzeitig die Aufmerksamkeit auf ein Rechtsprinzip lenkte, dass dank der Rezeption des römischen Rechts durch Jahrhunderte hindurch einen Dornröschenschlaf gehalten hatte: das Prinzip der gesamten Hand. Das Verdienst, dieses Prinzip in der tiefgründigsten Weise erforscht, und namentlich seine Vielseitigkeit, die sich im ganzen Gebiete des Rechts zeigt, klargelegt zu haben, gebührt vor allem Gierke.

[15]) Z. f. g. d. Hr. Bd. 36 S. 310.
[16]) so Nagler a. a. O. S. 703.
[17]) System, § § 70, 128, 160.

Wenn nämlich wohl schon durch Beseler die Anwendung des Gesamthandprinzipes auf die Gesellschaft angebahnt worden war, so waren doch damit die Schwierigkeiten noch keineswegs beseitigt. Es zeigte sich, dass das Gesamthandsprinzip nicht ein festbestimmter juristischer Begriff war, sondern nur ein Rechtsprinzip, ein „Gedankenelement",[18]) das der mannigfachsten Abänderungen fähig war. Und so ergab sich für die Deutung des Gesellschaftsrechts aus dem Gesamthandsprinzip die schwierige Frage nach der Ausgestaltung, die das Prinzip der gesamten Hand gerade auf diesem Gebiete angenommen hatte. Gierke ist auch dieser Schwierigkeiten in glänzender Weise Herr geworden. In seiner Genossenschaftstheorie hat er seine Ansicht über das Wesen der offenen Handelsgesellschaft unter Zugrundelegung des Gesamthandsprinzipes dargelegt,[19]) und es kann — ungeachtet der zahlreichen Verschiedenheiten, die sich unter den Anhängern der Gesamthandstheorie finden — gesagt werden, dass Gierke's Ansicht über die juristische Natur der offenen Handelsgesellschaft heute die bei weitem herrschende Ansicht geworden ist.

Will man das Wesen der offenen Handelsgesellschaft aus dem Prinzipe der gesamten Hand erklären, so ist davon auszuzugehen, dass nicht allein obligatorische Verträge die Gesellschafter untereinander binden, sondern dass vielmehr noch ein anderes, viel wichtigeres Moment hinzutritt, das personenrechtliche. Der Unterschied der offenen Handelsgesellschaft als einer Gesamthandsgemeinschaft gegenüber der Societät auf der einen und der juristischen Person auf der anderen Seite lässt sich vielleicht aus einer bildlichen Darstellung (siehe Seite 18) am besten entnehmen.

Angenommen, die Gesellschafter A, B, C, D und E hätten sich zu einer Gesellschaft zusammengetan. In Figur 1 ist das in der Weise geschehen, dass jeder mit jedem einen obligatorischen Vertrag abgeschlossen hat, das ganze Gesellschaftsgebilde also als ein rein obligatorisches erscheint. Wir haben hier ein Ab-

---

[18]) Gierke, Genossenschaftstheorie S. 342 ff.
[19]) Genossenschaftstheorie S. 435 ff.

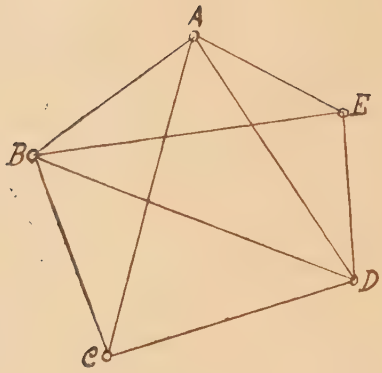

Fig. I
societas.

Fig. II
jur. Person.

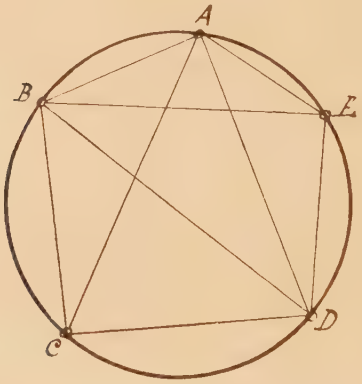

Fig. III
gesamte Hand.

bild der römischen Societät. Von aussen gesehen erscheint das Ganze kaum als ein einheitliches Gebilde.

Den geraden Gegensatz dazu bildet Figur 2. Die Gesellschafter stehen unter sich in gar keinem Verhältnis, in gar keiner Bindung. Das Einzige, was sie gemeinsam erscheinen lässt, ist die Tatsache, dass sie sich innerhalb eines Kreises befinden, der, von ihnen völlig abgetrennt, sie nach aussen zu einer selbständigen Gemeinschaft zusammenfasst. Das Bild einer juristi-

schen Person. Eine Veränderung unter den Gesellschaftern hat auf die äussere Erscheinung des Gesamtbildes gar keinen Einfluss.

Als ein „Mittelding“ zwischen beiden erscheint endlich in Figur 3 das Bild der gesamten Hand. Wie bei der Societät sind die Gesellschafter jeder mit dem Anderen durch obligatorische Verträge verbunden. Aber zu dieser rein obligatorischen Bindung tritt noch ein weiteres Band, das sich durch alle Gesellschafter hindurchzieht, viel enger und fester, als jenes: das Prinzip der gesamten Hand, das in der Figur 3 durch die Kreislinie bezeichnet wird. Dadurch wird ein Doppeltes erreicht: Zunächst treten die einzelnen Gesellschafter nicht in der Weise erkennbar hervor, wie bei der Societät, sondern das Bild der gesamten Hand macht den Eindruck eines geschlossenen Ganzen, ähnlich dem einer juristischen Person. Aber andererseits erscheinen doch nicht die Gesellschafter, wie bei dieser, völlig losgelöst von dem Bande, das sie umgibt, sondern es zieht sich gewissermassen durch sie hindurch.

Wenn wir das so gewonnene Bild auf die offene Handelsgesellschaft übertragen, so kommen wir zu folgendem Ergebnis: Die durch das Prinzip der gesamten Hand verbundenen Genossen erscheinen in ihrer Gesamtheit als Träger der Gesellschaftssphäre.

Die Persönlichkeiten der einzelnen Gesellschafter und ihr Wille stehen dieser Gemeinschaftssphäre nicht als etwas Selbständiges gegenüber (wie bei der juristischen Person), sondern die letztere erscheint als eine Zusammenfassung der Individualwillen zu einem Gesamtwillen, dem jene sich freiwillig unterordnen. Diese Gesamtheit der Gesellschafter nun ist vom Gesetz mit eigener Rechtsfähigkeit ausgestattet worden, ohne damit jedoch zu einem selbständigen Rechtssubjekt erhoben zu werden. Vielmehr geht die Rechtspersönlichkeit der einzelnen Genossen über in eine solche der Gesamthandspersönlichkeit, sodass diese nicht als juristische, sondern als physische, mehrere physische Personen zusammenfassende Person erscheint. „Sie ist kein neues Rechtssubjekt,“ sondern sie „führt unter Aufhe-

bung des blossen Fürsichseins der Individuen eine in sich ge einte Personenmehrheit in die Welt der Privatrechtssubjekte ein.“[20])

Der so geschilderten subjektiven Einheit der Gesellschafter steht eine objektive Einheit des Vermögens gegenüber. Die Gesamtheit der Gesellschafter ist Träger eines von ihrem Privatvermögen abgesonderten Gesellschaftsvermögens. Dieses stellt sich dar als ein „Niederschlag und Abbild der subjektiven Einheit der Handelsgesellschaft“.[21]) Die Frage der Zuständigkeit dieses Vermögens und sein Verhältnis zu den einzelnen Gesellschaftern soll unten in § 4 untersucht werden. Hier kommt es vorläufig nur darauf an, zu betonen, dass die offene Handelsgesellschaft in erster Linie eine personenrechtliche Gemeinschaft der Gesellschafter darstellt. Denn nur aus dieser Auffassung heraus lässt sich — wie oben gezeigt — die eigenartige Mittelstellung erklären, die die offene Handelsgesellschaft zwischen der Societas und der juristischen Person einnimmt. Nur aus dieser Auffassung heraus lässt sich aber namentlich ein Charakteristikum der offenen Handelsgesellschaft erklären: die unbeschränkte, solidarische Haftung der einzelnen Genossen, ohne dass es nötig wäre, darin eine besondere Garantie- oder Schadloshaltungsverpflichtung zu sehen.[22])

§ 3.

* Austritt und Eintritt von Gesellschaftern.

Der durch die Ausführungen des vorigen Paragraphen eingenommene Standpunkt in dem Problem der juristischen Natur der offenen Handelsgesellschaft ermöglicht es uns, auch zu einer Beantwortung der Frage zu gelangen, ob es möglich ist, dass ein Gesellschafter in die offene Handelsgesellschaft eintritt, oder aus ihr austritt, ohne dass dadurch die Gesellschaft in ihrer Existenz berührt wird. Diese Frage hat in der Literatur ver-

[20]) Gierke, Genossenschaftstheorie S. 452.
[21]) Gierke, Genossenschaftstheorie S. 456.
[22]) so Kohler a. a. O. S. 204 Anm. 49; Affolter Arch. bürgerl. R. Bd. 5, S. 8; ERG. Bd. 30, S. 35.

schiedene Beantwortung gefunden.[23]) Ueber die Möglichkeit des Austritts aus der Gesellschaft ohne ihre Auflösung kann allerdings von vornherein kein Zweifel bestehen. Denn, wenn auch das Gesetz an dem Prinzipe festhält, dass das Ausscheiden eines Gesellschafters die Gesellschaft zur Auflösung bringt (§ 131 Nr. 4—6 HGB.), so erkennt es andererseits von diesem Prinzipe offenbar eine Ausnahme an, wenn es eine Bestimmung des Gesellschaftsvertrages des Inhaltes zulässt, dass beim Ausscheiden eines Gesellschafters die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen soll. (§ 138). Die Literatur hat deshalb auch einmütig anerkannt, dass durch das Ausscheiden eines Mitgliedes die Gesellschaft bei dahingehendem Beschluss der Gesellschafter fortbestehen kann. Diese Einmütigkeit hört aber auf, sobald es sich um die Frage handelt, ob auch der Eintritt in eine bestehende offene Handelsgesellschaft möglich sei, ohne dass diese in ihrer Existenz berührt wird.

Die Einen legen den Nachdruck auf diejenigen gesetzlichen Bestimmungen, die die Individualität der Gesellschafter hervortreten lassen, und behaupten, der Eintritt in die offene Handelsgesellschaft stelle sich juristisch dar als eine Auflösung der alten und gleichzeitige Neugründung einer anderen offenen Handelsgesellschaft.[24]) Verständlich ist diese Auffassung namentlich bei den Anhängern der Theorie, die in der offenen Handelsgesellschaft eine Fortbildung der römischen societas sieht. Denn bei dieser war ihrer ganzen Struktur nach ein Austritt sowohl als auch ein Eintritt unmöglich ohne Veränderung der Identität der Gesellschaft.[25]) Umgekehrt müssen die Anhänger der Theorie der juristischen Persönlichkeit unbedingt zu der Annahme kommen, dass ein Wechsel im Mitgliederbestande für den

---

[23]) Sie ist namentlich für das Gebiet der Gesellschaft des BGB. untersucht worden, aber die Ergebnisse können unbedenklich auch auf das Gebiet der offenen Handelsgesellschaft übertragen werden, da das Prinzip der gesamten Hand, auf das es hier namentlich ankommt, auch der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts zugrunde liegt.

[24]) Planck Bd. 2 § 736 Anm. 2 S. 480; Oertmann, R. d. Schuldverh. § 736 Anm. 3 S. 467; Knoke, R. d. Gesellsch. S. 131 ff. Cosack, Bürgerl. R. Bd. 2 S. 389 II 1a.

[25]) vgl. L. 59, pr. Dig. 17, 2.

Fortbestand der offenen Handelsgesellschaft unerheblich ist; denn, da die juristische Person ein von der Individualität der Mitglieder völlig unabhängiges Rechtsinstitut ist, kann unmöglich ein Wechsel im Mitgliederbestande einen Einfluss auf ihr Bestehen ausüben.

Aber auch für die von uns angenommene Theorie der gesamten Hand muss man mit der herrschenden Meinung[26]) zu der Annahme des Fortbestandes der Gesellschaft für den Fall des Eintritts neuer Mitglieder gelangen. Wie bemerkt, ist nach dieser Theorie die offene Handelsgesellschaft in erster Linie nicht ein obligatorisches Verhältnis der Gesellschafter zu einander, sondern eine Gemeinschaft zur gesamten Hand. Durch das darin liegende personenrechtliche Element wird die offene Handelsgesellschaft mit einer Selbständigkeit gegenüber den Mitgliedern ausgestattet, die zwar mit der einer juristischen Person nicht zu vergleichen ist, die aber dennoch einen Wechsel im Mitgliederbestande zu überdauern vermag.[27]) Allerdings ist dieser Fortbestand der Gesellschaft nicht möglich ohne den Willen jedes einzelnen Gesellschafters. Es ist bei der offenen Handelsgesellschaft undenkbar, dass die einem oder mehreren Gesellschaftern übertragene Geschäftsführungsbefugnis diese ermächtigen sollte, nach ihrem Belieben neue Mitglieder in die offene Handelsgesellschaft aufzunehmen. Eine solche Ermächtigung würde gegen den individualistischen Charakter der offenen Handelsgesellschaft verstossen.[28])

Nach alledem erscheint es als unrichtig, aus dem blossen Schweigen des Gesetzes oder aus dem individualistischen Gepräge der offenen Handelsgesellschaft heraus den Eintritt in eine bestehende Gesellschaft als unmöglich anzusehen. Diesen Standpunkt scheint auch das Gesetz selbst einzunehmen, wenn es im

[26]) vgl. Gierke, Vereine S. 18; Arch. Bürgerl. R. Bd. 19 S. 129; Hellwig, Verträge S. 327 Anm. 828; Anspruch S. 282; Joerges, Z. f. d. g. Hr. Bd. 49 S. 212; Nagler a. a. O. S. 742. Auch Cosack 3. Aufl. S. 414 und Knoke, Eintritt S. 170 ff. haben ihre Ansicht in dieser Richtung korrigiert.

[27]) vgl. Gierke, Deutsches Privatr. Bd. 1 S. 691 ff.; Vereine S. 19.

[28]) vgl. auch Knoke, Eintritt S. 174.

§ 130 HGB. von einem Eintritt in eine bestehende Gesellschaft redet. (Ebenso § 107 HGB.). Es ist allerdings zuzugeben, dass eine klare Stellungnahme zu der vorliegenden Frage darin nicht zu sehen ist.[29])

Wenn demnach angenommen werden muss, dass weder der Austritt noch der Eintritt eines Gesellschafters die Gesellschaft in ihrem Bestande berührt, sofern die übrigen Gesellschafter ihre Fortsetzung beschliessen, so scheint sich damit auch die Frage beantwortet zu haben, ob ein Wechsel von Mitgliedern, d. h. der Austritt eines alten und der gleichzeitige Eintritt eines neuen Gesellschafters, möglich sei. Zweifellos wird auch durch einen derartigen gleichzeitigen Aus- und Eintritt eine Auflösung der Gesellschaft bei dahingehendem Beschlusse der übrigen Gesellschafter nicht herbeigeführt. Es kann sich vielmehr nur um die Frage handeln, ob nicht ein solcher gleichzeitiger Austritt als etwas Besonderes erscheinen kann in dem Sinne, dass der Austretende seine Mitgliedschaft auf den Eintretenden überträgt. Bevor diese Frage ihre Beantwortung finden kann, ist es nötig, im folgenden zunächst einige Ausführungen über das Gesellschaftsvermögen, den Anteil der Gesellschafter und das Wesen der Mitgliedschaft vorauszuschicken.

§ 4.

Das Gesellschaftsvermögen und die Anteile der Gesellschafter.

Im § 2 Abs. III war bereits festgestellt worden, dass die offene Handelsgesellschaft sich darstellt als eine Rechtsgemeinschaft zur gesamten Hand. Daraus ergeben sich nun für die juristische Konstruktion des Gesellschaftsvermögens die wichtigsten Folgen. Das HGB. redet an verschiedenen Stellen von einer „Gesellschaftskasse“ (z. B. § § 111, 122) oder dem „Gesellschaftsvermögen“ (§ 124 Abs. 2). Daraus ist zu entnehmen, dass dasjenige Vermögen der Gesellschafter, das sie zu Gesellschaftszwecken in die Gesellschaft eingebracht haben, vom Gesetz als etwas Besonderes, als ein Sondervermögen — nicht in dem Sinne einer absoluten, aber einer relativen Selbständigkeit[30])

---

[29]) Gierke, Vereine S. 19 Anm. 40.
[30]) Gierke, Handelsges. S. 124.

— angesehen wird. Doch ist dies nicht etwa eine Besonderheit, die nur die offene Handelsgesellschaft aufzuweisen hätte. Auch im BGB. bildet das zu Gesellschaftszwecken von den Gesellschaftern zusammengetragene Vermögen ein besonderes „Gesellschaftsvermögen", wie sich aus § 718 ergibt. Nur bringt es die ganze innere Struktur der offenen Handelsgesellschaft, ihre grössere Geschlossenheit, die sich namentlich in der Firma zeigt, mit sich, dass das Gesellschaftsvermögen der offenen Handelsgesellschaft gegenüber dem der bürgerlichen Gesellschaft in höherem Masse den Charakter eines selbständigen Sondervermögens an sich trägt.[31]) Eine Bestimmung darüber, woraus sich das Gesellschaftsvermögen zusammensetzt, enthält das HGB. nicht, und es muss deshalb, gemäss § 105 Abs. 2, auf die Bestimmungen des BGB. zurückgegriffen werden. Hier bestimmt der massgebende § 718: „Die Beiträge der Gesellschafter und die durch die Geschäftsführung für die Gesellschaft erworbenen Gegenstände werden gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter. (Gesellschaftsvermögen)." Unter Hinzufügung des § 718 Abs. 2 setzt sich demnach das Gesellschaftsvermögen zusammen aus den Einlagen eines jeden Gesellschafters, demjenigen, was die Gesellschaft durch ihre Geschäftsführer erworben hat und — kraft Surrogationsprinzipes, — allem, was auf Grund eines zum Gesellschaftsvermögen gehörigen Rechtes oder als Ersatz für zerstörte, beschädigte oder entzogene Gegenstände erworben wird.

Schon aus dem Worte „Gesellschaftsvermögen" ergibt sich, dass das Vermögen der G e s e l l s c h a f t als solcher zustehen muss. Da nun nach unseren obigen Ausführungen die Gesellschaft gleich der Gesamtheit der Gesellschafter in ihrer gesamthändigen Verbundenheit ist, so ist damit unmittelbar auch die Frage nach der Zuständigkeit des Gesellschaftsvermögens beantwortet. Es ergibt sich nämlich aus dieser Auffassung der Gesellschaft ohne weiteres der Satz:

> Die Gesellschafter in ihrer Verbundenheit sind Träger des Gesellschaftsvermögens; sie sind in dieser gesamt-

[31]) Gierke, Handelsgesellschaft S. 123/24.

händigen Geschlossenheit Eigentümer des Gesellschaftsvermögens.[32])

Aus dieser Auffassung muss sich aber m. E. mit notwendiger Konsequenz weiter ergeben, dass, da immer nur ein Eigentum an einem Objekt bestehen kann, der einzelne Gesellschafter als Einzelperson in gar keinem sachenrechtlichen Verhältnis zum Gesellschaftsvermögen steht. Diese Konsequenz hat aber scheinbar das BGB. nicht gezogen, wenn es im § 719 Abs. 1 von einem „Anteile" der Gesellschafter am Gesellschaftsvermögen spricht. Dies hat zu einem der unerquicklichsten Streite Anlass gegeben: dem Streite über die juristische Natur dieser „Anteile".

Für diejenigen, die dem Grundsatz der gesamten Hand ihre Anerkennung versagen, und die also auch ein gesamthändiges Eigentum in dem oben geschilderten Sinne nicht kennen, bleibt allerdings nichts anderes übrig, als auf das Miteigentum, das condominium des römischen Rechts, zurückzugreifen, und demgemäss denjenigen Anteil zu ergründen, der jedem Gesellschafter in diesem Miteigentumsverhältnis zukommt.[33]) Aber der Umstand, dass das Gesetz besondere Anteile am Gesellschaftsvermögen kennt, hat auch die meisten Anhänger der Gesamthandstheorie zu dem Versuche geführt, solche Anteile aus dem Gesamthandsgedanken heraus zu konstruieren. An ihrer Spitze steht Gierke. Um neben der Herrschaft, die die Gesellschafter in ihrer personenrechtlichen Verbundenheit an dem Gesellschaftsvermögen haben, auch noch besondere Anteile für sie zu konstruieren, unterscheidet er das Gesellschaftsvermögen mit Rücksicht auf seine Substanz und auf seinen Wert, und gelangt so zu dem Satze: „Das Eigentum am Gesellschaftsvermögen steht seiner Substanz nach ungesondert der Gesellschaft zu, ist aber dem Werte nach in der einen oder anderen Weise in gesonderte Anteile zerlegt."[34]) Bei dieser Zerlegung des Gesellschaftsvermögens seinem Werte nach in gesonderte Anteile

---

[32]) vgl. Gierke, Genossenschaftstheorie S. 495 ff.; Handelsgesellschaften, Arch. bürgerl. R. Bd. 19 S. 123, Vereine S. 16.

[33]) so Laband, Z. f. d. g. Hr. Bd. 31, S. 1 ff.

[34]) Genossenschaftstheorie S. 495/96.

schliesst sich Gierke dann im grossen und ganzen den Ausführungen Labands a. a. O. an.

Es ist m. E. verständlich, dass diese Konstruktion Gierke's nicht den Beifall der einschlägigen Literatur gefunden hat. Denn es will nicht recht einleuchten, dass das Eigentum der Substanz nach einem anderen Rechtssubjekt zustehen soll, als seinem Werte nach, dass also gewissenmassen an einem Objekt mehrfaches Eigentum bestehen soll. Deshalb sind von anderen Schriftstellern die verschiedensten Versuche unternommen worden, das Bestehen solcher Anteile auf andere Weise aus dem Gesamthandsgedanken zu konstruieren. Hervorzuheben sind hier namentlich die Abhandlungen von Joerges und Nagler.[35]) Gerade diese beiden legen aber m. E. Zeugnis davon ab, dass die Annahme eines Gesamteigentums, d. h. eines gesamthändigen Eigentums, das Vorhandensein von Anteilen ausschliesst. Denn, bei dem Versuche, das Bestehen von Anteilen aus dem Gesamthandsprinzip zu erklären, gelangen beide dazu, statt des Gesamteigentums ein Miteigentumsverhältnis anzunehmen. Damit ist aber m. E. der Grundgedanke, der das Prinzip der gesamten Hand ausmacht, verlassen worden, denn jedes Miteigentumsverhältnis geht in erster Linie auf ein vermögensrechtliches Band der Beteiligten zurück, während doch bei der gesamten Hand das Schwergewicht auf der personenrechtlichen Verbindung ruht.

Wenn also schon der Nachweis des Bestehens von Anteilen auf der Grundlage des Gesamthandsprinzipes mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden ist, so tritt eine noch grössere Schwierigkeit zutage bei der Frage, wie hoch sich die einzelnen Anteile — ihr Bestehen vorausgesetzt — belaufen, ob sie überhaupt bestimmt oder bestimmbar sind. Einige, z. B. Thöl und von Hahn, nehmen ideelle Anteile an, die weder bestimmt noch bestimmbar seien. Ihnen gegenüber steht die grosse Reihe derjenigen, die einen Modus aufstellen wollen, nach dem sich die

[35]) Joerges Z. f. d. g. Hr. Bd. 49 S. 140 ff. Nagler, sächs. Arch. bürgerl. R. Bd. 10 S. 695 ff.

Höhe der Anteile bestimmen soll, allen voran Laband.[36]) Aber Staub hat nachgewiesen, dass Laband's Berechnung in gewissen Fällen versagt,[37]) und dass ebenso z. B. Adler's Versuch,[38]) die Höhe der Anteile mathematisch-juristisch zu bestimmen, als misslungen betrachtet werden muss. Allen diesen Bemühungen gegenüber weist Knoke[39]) wohl nicht mit Unrecht darauf hin, dass auf den bisher beschrittenen Wegen in dieser Richtung kaum ein befriedigendes Resultat zu erwarten ist; denn schon der Umstand allein, dass bei allen diesen Konstruktionen variable Anteile sich ergeben, birgt juristisch grosse Schwierigkeiten in sich.[40])

Ein Teil der Autoren ist deshalb zu dem Resultat gekommen, dass es überhaupt keine reellen oder ideellen Anteile am Gesellschaftsvermögen gäbe, oder dass diese doch unbestimmt und unbestimmbar seien.[41]) Und tatsächlich glaube ich, dass man — sofern man die Grundsätze der gesamten Hand für die offene Handelsgesellschaft annimmt — nur ein Eigentum der Gesellschafter in ihrer Gesamtheit, nicht aber daneben noch einzelne Anteile annehmen kann. Vielmehr ist unter den „Anteilen", von denen das Gesetz im § 719 redet, nur die Beteiligung an der Gesamtherrschaft zu verstehen, die in ihrer Grösse nur unbestimmt und unbestimmbar gedacht werden kann.[42]) Wenn man den Anteil in dieser Weise auffasst, so erscheint die Anwachsung, von der BGB. § 738 redet, ganz natürlich als Uebergang des Anteils an der Mitträgerschaft des Ausscheidenden auf die Zurückbleibenden, ein Vorgang, der eine komplizierte juristische Konstruktion gänzlich überflüssig macht.

---

[36]) a. a. O. Laband fasst die „Quote" des einzelnen auf als einen Bruch, in dessen Zähler der Aktiv-Saldo des betr. Gesellschafters, und in dessen Nenner der Saldo des Gesellschaftsvermögens steht.

[37]) nämlich, wenn das Kapitalkonto des Gesellschafters gleich Null oder minus ist.

[38]) Adler, Entwickelungslehre.

[39]) Knoke, R. d. Gesellsch. S. 92 ff.

[40]) Knoke, a. a. O. S. 93.

[41]) so Behrend, S. 470; Thöl Bd. I, S. 314. Anm. 5; vgl. auch ROHG. XII, S. 261, das von „Idealanteilen" spricht.

[42]) so Enneccerus, bürgerl. R. Bd. 2 S. 467.

Mit diesem Anteil am Gesellschaftsvermögen darf nicht verwechselt werden der „Kapitalanteil,“[43]) von dem das HGB. in den § § 120 ff. redet. Eine nähere Untersuchung über das Wesen dieses Kapitalanteiles kann für unsere Betrachtung ausser acht bleiben, es mag nur darauf hingewiesen werden, dass er sich lediglich darstellt als eine „Rechnungsgrösse, eine fiktive Ziffer.“[44])

Ebenfalls darf der Anteil nicht verwechselt werden mit dem Auseinandersetzungsanspruch, d. h. dem Anspruch eines Gesellschafters auf dasjenige, was er bei der Auseinandersetzung zu verlangen hat.[45]) Dass hier keine Identität besteht, ergibt sich m. E. schon aus dem BGB., wo dieser Auseinandersetzungsanspruch als ein Anspruch, der den Gesellschaftern aus dem Gesellschaftsverhältnisse gegeneinander zusteht, angesehen wird. (§ 717 Satz 2).

Wenn man der oben angenommenen Auffassung, die in dem „Anteil an Gesellschaftsvermögen“ lediglich eine Beteiligung an der Gesamtherrschaft sieht, beitritt, so wird man auch weiterhin zugeben müssen, dass diese Herrschaftsbeteiligung als ein streng persönliches und in seinem Umfange vollständig unbestimmbares Recht nicht ein Objekt des Rechtsverkehres, also nicht übertragbar sein kann. Vielmehr erscheint sie als Aequivalent, das dem Gesellschafter von der Gesellschaft gewährt wird für die Einlage, die er bei Gründung der Gesellschaft oder bei seinem Eintritt macht.[46]) Mit diesem Rechte wird er aber gewissermassen nur belehnt, seine Mitträgerschaft erlischt, sobald er ausscheidet (vgl. § 738 BGB. Abs. 1 Satz 1), und sie muss für jeden Neueintretenden aufs neue begründet werden. Dem Anwachsen entspricht in diesem letzteren Falle ein „Abwachsen“

---

[43]) vgl. Cosack S. 673, Nr. 4; Lehmann-Ring, Vorbem. zu § 105. Anders freilich Gierke, Arch. bürgerl. R. Bd. 19 S. 129 und gegen ihn Staub, § 120 Anm. 7.

[44]) so Cosack, S. 673 Nr. 4. Staub, Kommentar, Anm. 7 zu § 120 S. 511.

[45]) in diesen Fehler verfällt Makower § 105 I, g, 2 S. 280.

[46]) Gierke, Genossenschaftstheorie S. 515 Anm. 1.

des Anteils am Herrschaftsrecht bei den übrigen Gesellschaftern.[47])

Von einer Uebertragung dieses Rechtes kann also keine Rede sein. Das BGB. erkennt diese Unübertragbarkeit auch ausdrücklich an, indem es bestimmt (§ 719 Abs. 1):

> „Ein Gesellschafter kann nicht über seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen und an den einzelnen dazu gehörigen Gegenständen verfügen."

Damit ist m. E. deutlich genug zum Ausdruck gebracht, dass der Anteil überhaupt nicht übertragen werden „kann", also seiner ganzen Natur nach, — wie gezeigt wurde — nicht übertragbar ist. Somit muss nach unserer Ansicht die von der herrschenden Meinung vertretene Ansicht abgelehnt werden, die im § 719 Abs. 1 lediglich eine dingliche Bindung an sich übertragbarer Anteile sieht. Ferner kann nach unserer Auffassung ein Streit über die Frage, ob § 719 ius cogens sei oder nicht, nicht existieren. Eine Gesellschaftsbestimmung, die den Anteil des einzelnen Gesellschafters für übertragbar erklären würde, würde etwas Unmögliches bestimmen, da der Anteil seiner ganzen Natur nach unübertragbar ist.

Einen scheinbaren Widerspruch zu dieser Unübertragbarkeit enthält der § 859 Abs. 1 ZPO., der den Anteil am Gesellschaftsvermögen der Pfändung unterwirft. Man könnte daraus folgern: Da der Anteil gepfändet werden kann, so muss er auch übertragbares Objekt des Rechtsverkehres sein (vgl. 851 ZPO.). Dieser an sich überzeugenden Argumentation ist aber entgegen zu halten, dass nach durchaus herrschender Meinung[48]) unter diesem „Anteil" des § 859 die „aus dem Anteilsrechte herauswachsenden Ansprüche"[49]) zu verstehen sind, d. h. die Ansprüche des Gesellschafters auf den Gewinnanteil und auf seine Auseinandersetzungsquote. Eine andere Auslegung des

---

[47]) vgl. Meurer, S. 144 und die daselbst angeführte Literatur.

[48]) vgl. Seuffert, Bd. 2 Bem. 1a zu § 859; Gaupp-Stein Bd. 2 Anm. I zu § 859, S. 645. Planck Bd. 2 Anm. 1 und 2 zu § 725 BGB. u. a. m.

[49]) Seuffert a. a. O.

§ 859 wird überdies schon durch § 725 Abs. 2 BGB. ausgeschlossen.

Wir können demnach unsere Auffassung des Anteils am Gesellschaftsvermögen in den für die folgenden Untersuchungen überaus wichtigen Satz zusammenfassen:

> Der Anteil am Gesellschaftsvermögen ist eine ihrer ganzen Natur nach unübertragbare Beteiligung des einzelnen Gesellschafters an der Gesamtherrschaft über das Vermögen.

§ 5.
Die Mitgliedschaft.

Um die Gesamtheit aller Rechte und Pflichten, die einem Gesellschafter kraft seiner Stellung in der Gesellschaft zustehen, mit einem einheitlichen Namen zu bezeichnen, bedient man sich in der Literatur dem allgemeinen Sprachgebrauch entsprechend des Ausdruckes „Mitgliedschaft“ oder „Teilhaberschaft“. Was aber unter dieser Bezeichnung zu verstehen ist, oder woraus sich die Mitgliedschaft zusammensetzt, darüber wird man zumeist im Unklaren gelassen. Da unsere Aufgabe aber — wie noch zu zeigen sein wird — im wesentlichen darauf hinausläuft, zu untersuchen, ob die Mitgliedschaft übertragbar ist oder nicht, so ist eine feste Bestimmung ihres Inhalts für uns notwendiges Erfordernis.

Es liegt nahe, an Hand des BGB. die Mitgliedschaft aufzufassen als ein Recht des Gesellschafters, das sich ans dem Anteil am Gesellschaftsvermögen und den Ansprüchen, die dem Gesellschafter kraft des Gesellschaftsverhältnisses gegenüber den anderen Gesellschaftern zustehen, zusammensetzt. Das BGB. behandelt diese Rechte des Gesellschafters nämlich in zwei verschiedenen Paragraphen, und so könnte man auf den Gedanken kommen, dass sie nebeneinanderstehende Rechte seien, die in ihrer Zusammenfassung die Mitgliedschaft des Gesellschafters ausmachen. Es lässt sich aber zeigen, dass diese Auffassung nicht richtig sein kann.

Wie immer man nämlich den Anteil des Gesellschafters definieren möge, ob man darin eine reelle oder ideelle Miteigen-

tums- oder Wertquote sieht, oder ob man ihn, wie wir, als Beteiligung an der Mitherrschaft über das Gesellschaftsvermögen auffasst, immer erscheint der Anteil doch als das Recht des Gesellschafters, das die Mitgliedschaft für sich allein ausmacht. Alle anderen Rechte des § 717 BGB.: das Geschäftsführungsrecht, das Recht auf Büchereinsicht, das Recht, von dem anderen Gesellschafter Zahlung der Beiträge und evtl. tätige Mithilfe bei den Gesellschaftsgeschäften zu verlangen, weiter die im § 717 Satz 2 für übertragbar erklärten Rechte auf Ersatz gemachter Aufwendungen, auf den Gewinnanteil und auf die Auseinandersetzungsquote — alle diese Rechte erscheinen nur als Folge jenes Anteils am Gesellschaftsvermögen. Nur deshalb, weil der Gesellschafter einen Anteil an diesem Vermögen hat, stehen ihm die Rechte aus § 717 zu. Das schliesst nicht aus, dass einzelne dieser Rechte auch ein Fremder haben kann, ohne dass er einen Anteil am Gesellschaftsvermögen hat. So hat z. B. der Prokurist der Gesellschaft Geschäftsführungsmacht, der Untergesellschafter eines Gesellschafters, dem der Letztere seine pekuniären Ansprüche gegenüber der Gesellschaft abgetreten hat, hat einen Anspruch gegen die Gesellschaft auf Auszahlung des Gewinnanteils. Aber, da diese Personen keinen Anteil am Gesellschaftsvermögen haben, sind sie nicht Mitglieder der Gesellschaft.

Der Anteil des Gesellschafters ist also dasjenige Recht, das allein das Wesen der Mitgliedschaft ausmacht, aus dem alle seine übrigen Rechte und Pflichten gegenüber der Gesellschaft hervorgehen. Die Frage nach der Uebertragbarkeit der Mitgliedschaft fällt also zusammen mit der nach der Uebertragbarkeit des Anteils, und man wird, je nachdem man den Anteil für übertragbar oder nicht übertragbar hält, folgerichtig auch dazukommen müssen, die Uebertragbarkeit der Mitgliedschaft zu bejahen oder zu verneinen.

Für uns folgt daraus also, dass, da wir den Anteil als seiner Natur nach unübertragbar ansehen, wir auch die Mitgliedschaft des einzelnen Gesellschafters als ein unübertragbares Recht ansehen, das von der Gesellschaft dem einzelnen Gesellschafter nur verliehen wird, ohne dass dieser imstande wäre, über sie

nach Art einer Aktie mit allen daran haftenden Rechten und Pflichten zu verfügen.[50])

II. Abschnitt.

Die juristische Behandlung des Austritts alter und gleichzeitigen Eintritts neuer Gesellschafter.

§ 6.

Das Problem. Die Ansicht der Literatur.

Erst, nachdem im vorigen Abschnitt eine festbestimmte Stellungnahme zu der Frage der juristischen Natur der offenen Handelsgesellschaft erfolgt ist, nachdem das Wesen des „Anteils“ und sein Verhältnis zur Mitgliedschaft untersucht worden ist, ist es nunmehr möglich, den gleichzeitigen Aus- und Eintritt von Gesellschaftern vom juristisch-konstruktiven Standpunkt zu beleuchten. Das Problem, das dabei der Lösung harrt, liegt klar vor Augen.

Man kann nämlich den Fall, dass z. B. aus der aus A, B und C gebildeten offenen Handelsgesellschaft C austritt und gleichzeitig für ihn D als neuer Gesellschafter eintritt, von zwei verschiedenen Gesichtspunkten betrachten. Einmal ist die Auffassung möglich, dass C, der aus der Gesellschaft auszutreten wünscht, den ganzen Komplex von Rechten und Pflichten, der ihm kraft seiner Gesellschafterstellung zusteht, m. a. W. seine Mitgliedschaft, auf den D, der als neues Mitglied beizutreten wünscht, überträgt. So wird es namentlich häufig vorkommen, dass der geschäftsmüde Vater aus der Gesellschaft austritt, um seinem Sohne Platz zu machen. Gerade in solchem Falle liegt diese erste Auffassung nahe, dass der Vater alle seine Rechte und Pflichten, seine Mitgliedschaft, auf seinen Sohn überträgt,

[50]) wesentlich a. A. Gierke, Genossenschaftstheorie S. 479 Anm. 1 am Ende.

da in den meisten Fällen der Sohn genau die Stellung, die der Vater in der Gesellschaft inne hatte, erhalten wird. Das Charakteristische an dieser Auffassung wäre demnach, dass der Austritt des alten Gesellschafters und der gleichzeitige Eintritt des neuen sich im wesentlichen in Form eines Vertrages zwischen dem Austretenden und dem Eintretenden vollzieht, durch den die Mitgliedschaft des Austretenden auf den Neueintretenden übertragen wird.

Demgegenüber kann man auf der anderen Seite der Meinung sein, dass eine solche Uebertragung der Mitgliedschaft, die einer Sukzession des Neueintretenden in die Stellung des alten gleichkommen würde, eine juristische Unmöglichkeit sei. Man wird dann annehmen, dass, wenn für einen austretenden Gesellschafter gleichzeitig ein neuer eintritt, dieser Fall juristisch niemals als ein Vertrag zwischen dem Austretenden und dem Eintretenden aufzufassen ist, sondern dass juristisch ein Verhältnis zwischen diesen beiden Personen überhaupt nicht besteht. Wenn der Eine auszutreten wünscht, so muss er, ohne Rücksicht auf den gleichzeitigen Eintritt eines Anderen, mit der Gesellschaft einen Vertrag eingehen, nach dem er ohne Kündigung aus der Gesellschaft austritt; ebenso muss derjenige, der für den Austretenden einzutreten wünscht, mit der Gesellschaft einen Vertrag schliessen auf Einräumung einer Stellung eines Gesellschafters. Allerdings kann dieser an und für sich nicht besondere Fall des gleichzeitigen Aus- und Eintritts dadurch eine Besonderheit erfahren, dass der austretende Gesellschafter zugunsten des Neueintretenden vorher oder gleichzeitig mit seinem Austrittsvertrage durch einen Vertrag mit den zurückbleibenden Gesellschaftern diese veranlasst, den Aufnahmevertrag mit dem Neueintretenden abzuschliessen, und zwar so, dass dem Letzteren dieselbe Stellung eingeräumt wird, die der Andere in der Gesellschaft innehatte. Wenn z. B. für den alternden Vater der Sohn eintreten soll, so schliesst der Vater mit den übrigen Gesellschaftern einen Vertrag, durch den diese sich bereit erklären, den Sohn in ihre Gesellschaft nach des Vaters Austritt aufzunehmen.

Nach dieser Meinung stellt sich also der gleichzeitige Aus- und Eintritt niemals dar als ein Vertrag zwischen altem und neuem Gesellschafter, sondern er zerfällt stets in zwei Verträge: den des Austretenden und den des Eintretenden mit der Gesellschaft. Die Stellung des neueingetretenen Gesellschafters erscheint nicht als eine von der des Ausgetretenen abgeleitete, der Neueintretende sukzediert nicht in die Stellung des alten Gesellschafters, sondern dieser hat seine Mitgliedschaft vollständig aufgegeben, der Eintretende erwirbt eine neue, die ihm von der Gesellschaft verliehen wird.

Aus der hierdurch angedeuteten Verschiedenheit lässt sich schon entnehmen, dass der Beantwortung dieser Frage eine nicht geringe praktische Bedeutung innewohnen muss. Um so mehr ist es zu verwundern, dass sich bisher die Literatur um ihre Beantwortung fast gar nicht bekümmert hat. Die Frage, ob in dem Eintritt eines neuen Gesellschafters, der mit dem Austritt eines alten zusammenfällt, eine Sukzession in die Stellung des alten zu sehen sei, ist in dieser Fassung — soweit ich sehe — bisher noch nicht zum Gegenstand rechtswissenschaftlicher Untersuchung gemacht worden. Nur Blume[1]) widmet ihr einige Sätze, glaubt sie aber leichthin beantworten zu können, indem er sagt, dass eine Sukzession in ein persönliches Vertrauensverhältnis unmöglich sei. Eine wissenschaftliche Begründung bleibt aber auch er vollkommen schuldig.

Bei allen übrigen Schriftstellern, die auf diesem Gebiete hervorgetreten sind, kann man nur indirekt aus ihren Ausführungen auf ihre Stellungnahme in der oben angedeuteten Frage schliessen.

Einigermassen deutlich lässt sich der Standpunkt Gierke's aus seiner Genossenschaftstheorie entnehmen.[2]) Er führt darin aus, dass der „E r s a t z eines bisherigen Gesellschafters durch einen anderen Gesellschafter ohne Unterbrechnung des Gesellschaftbestandes“ möglich sei. Schon daraus geht hervor, dass Gierke den Neueintretenden als den Rechtsnachfolger des alten

[1]) Blume, Eintritt eines offenen Handelsgesellschafters. Diss. S. 23.
[2]) S. 479 Anm. 1.

Gesellschafters ansieht; denn nur so kann man sich doch einen Ersatz dieses alten durch den neuen Gesellschafter vorstellen. Gierke weist aber auch ausdrücklich darauf hin, dass er diesen Fall des gleichzeitigen Aus- und Eintritts als Sondernachfolge und mithin als Uebertragung der Mitgliedschaft von einem auf den anderen ansieht, wenn er weiter sagt: „Der Begriff der Sondernachfolge sei durch die Forthaftung des alten Gesellschafters nicht — wie Renaud meine — ausgeschlossen, und der Gesellschaftsvertrag könne die Teilhaberschaft nach Art einer Aktie für veräusserlich erklären". Es ist also zweifellos, dass Gierke in gewissen Fällen des gleichzeitigen Aus- und Eintritts einen Vertrag zwischen dem Aus- und Eintretenden über die Uebertragung der „Teilhaberschaft" sieht, der mit Zustimmung der übrigen Gesellschafter abgeschlossen werden könne.

Diese Meinung muss auch S t a u b[3]) beigelegt werden, wenn er darlegt, dass „die Uebertragung der gesamten Gesellschaftsrechte jederzeit an einen Dritten mit Einwilligung aller Gesellschafter zulässig ist" (vgl. auch OLG. Karlsruhe im „Recht" 03, 42).

Lehmann's Standpunkt in dieser Frage bleibt undeutlich, aber auch er scheint durchaus auf der Ansicht der beiden vorerwähnten Schriftsteller zu fussen. Er erwähnt nämlich, dass zwar die Abtretung der aus dem Gesellschaftsverhältnis hervorgehenden Rechte an sich wegen § 717 BGB. (abgesehen von den darin erwähnten Ausnahmen) nicht zulässig sei, dass aber die Gesellschaft einem solchen Vertrage durch ihre nachträgliche Zustimmung Gültigkeit verleihen könnte.[4])

Derselben Meinung ist ferner Makower.[5]) Auch er hält eine Abtretung sämtlicher Rechte und Pflichten aus dem Gesellschaftsverhältnis mit Zustimmung der übrigen Gesellschafter für zulässig

In demselben Sinne äussert sich auch Cosack.*)

Es kann also behauptet werden, dass die herrschende Meinung auf dem Standpunkte steht, eine Veräusserung der Ge-

[3]) Staub, Kommentar § 109, Anmerkung 19.
[4]) Lehmann, Lehrbuch S. 299, 3. Lehmann-Ring Anm. 4 zu § 109.
[5]) Kommentar Anm. I f 3 S. 278.
*) Lehrbuch S. 692.

samtheit aller einem Gesellschafter zustehenden Rechte und Pflichten sei zulässig mit Zustimmung der übrigen Gesellschafter. Damit erkennt sie an, dass für den Fall eines gleichzeitigen Aus- und Eintritts der Austretende seine Mitgliedschaft mit Zustimmung der übrigen Gesellschafter auf den Neueintretenden abtreten kann, dieser also dann als der Rechtsnachfolger des ersteren erscheint.

Es wird nun im Folgenden zu zeigen sein, dass nach unserer Auffassung von der Struktur der offenen Handelsgesellschaft und namentlich von dem Wesen der Mitgliedschaft eine solche Uebertragung der Stellung des austretenden Gesellschafters auf den neuen als Unmöglichkeit erscheint, dass wir also entgegen der herrschenden Meinung in dem gleichzeitigen Aus- und Eintritt niemals eine Sondernachfolge, sondern in jedem Falle die Aufgabe der Mitgliedschaft durch den Austretenden, und die Neubegründung einer Gesellschafterstellung durch den Eintretenden sehen.

§ 7.

Eigene Ansicht.

Nach den im vorigen Abschnitt dieser Arbeit gefundenen Ergebnissen, namentlich nach der Auffassung, die bezüglich des Anteils der Gesellschafter und der Mitgliedschaft gegeben wurde, erscheint es für uns unmöglich, der Ansicht der zitierten Schriftsteller beizutreten. Die Tatsache, dass wir dadurch in einen Gegensatz zu der gesamten herrschenden Meinung gebracht werden, entmutigt uns in der von uns dargelegten Auffassung um so weniger, als sie den Vorzug besitzt, mit einem festen Begriff des „Anteils“ zu operieren, um den auf der anderen Seite so hartnäckig gestritten wird. Ausserdem wird zu zeigen sein, dass alle Erscheinungen, die die herrschende Meinung aus der Uebertragung der Mitgliedschaft oder aus der Zession aller Gesellschaftsrechte erklären zu müssen glaubt, sich auch ohne die Annahme einer solchen vollauf erklären lassen, dass also auch sie nicht geeignet sind, unsere Auffassung von den Anteilen ins Wanken zu bringen.

Ganz abzulehnen ist von unserem Standpunkt aus die schon erwähnte Meinung Lehmann's.[6]) Er sieht in dem gleichzeitigen Aus- und Eintritt unter Umständen eine Uebertragung der aus dem Gesellschaftsverhältnisse hervorgehenden Rechte, die zwar nach § 717 BGB. verboten sei, mit Zustimmung der übrigen Gesellschafter aber gültig vollzogen werden könne. Man muss also annehmen, dass Lehmann der Meinung ist, durch eine Uebertragung der im § 717 erwähnten Rechte werde die Stellung des Gesellschafters von einem auf den anderen Gesellschafter übertragen.

Nach unserer Auffassung von der Mitgliedschaft ist diese Annahme aber unmöglich. Die Mitgliedschaft könnte vielmehr — wenn dies möglich wäre, — nur durch Uebertragung eines Anteils im Sinne des § 719 BGB. übertragen werden. Eine Uebertragung der Rechte aus § 717 allein würde denjenigen, an den übertragen wird, nicht zum Gesellschafter machen.

Deshalb nehmen auch die übrigen Schriftsteller, da sie eine Uebertragung der Mitgliedschaft für möglich halten, eine Uebertragung des Anteils an. Auf diesem Wege aber vermögen wir ihnen nicht zu folgen.

Wir haben oben (§ 4 Seite 30) den Anteil definiert als die Beteiligung des einzelnen Gesellschafters an der Gesamtherrschaft über das Gesellschaftsvermögen. Daraus folgte, wie ebenfalls schon gezeigt wurde, dass der Anteil seiner ganzen Natur nach nicht übertragbar sein kann. Wenn ein Gesellschafter aus der Gesellschaft austritt und gleichzeitig für ihn ein neuer eintritt, so ist es bei dieser Auffassung des Anteils ein juristisches Unding zu sagen, der Anteil sei von dem alten auf den neuen Gesellschafter übergegangen. Der Anteil in unserem Sinne kann überhaupt nicht übergehen. Ebensogut könnte man z. B. auch behaupten, dass, wenn von vier Säulen, auf denen ein Dach ruht, eine durch eine andere ersetzt wird, die alte Säule ihren Anteil an der Trägerschaft des Daches auf die neue Säule übertragen habe. Wenn auch praktisch die neue Säule gerade soviel trägt, wie die alte, so ist doch diese Anschauungsweise unmög-

[6]) vgl. oben S. 35.

lich. In dem Augenblicke, wo die alte Säule entfernt wird, ist ihr Anteil an der Trägerschaft auf die zurückbleibenden Säulen übergegangen. Wenn nun die neue Säule eingesetzt wird, so wird für sie ein Anteil an der Trägerschaft ganz neu begründet, da ein Anteil der alten überhaupt nicht mehr vorhanden ist.

Ganz ebenso liegt auch der Fall beim Eintritt in die offene Handelsgesellschaft für einen gleichzeitig ausscheidenden Gesellschafter. Das Gesellschaftsvermögen ruht gewissermassen auf den Schultern der zur gesamten Hand verbundenen Gemeinschafter. Scheidet nun ein Gesellschafter aus, um einem gleichzeitig Eintretenden Platz zu machen, so überträgt er diesem nicht seinen Anteil an der Trägerschaft des Gesellschaftsvermögens. Vielmehr geht dieser bei seinem Ausscheiden eo ipso auf die übrigen Gesellschafter über (BGB. § 738: er wächst ihnen an), und für den Neueingetretenen muss durch Abwachsung ein neuer Anteil begründet werden. (vgl. oben Seite 28/29). Dieser neue Anteil kann zwar tatsächlich seinem Umfange, wie seinem Inhalte nach, genau dem des alten Gesellschafters entsprechen, d. h. es können dem neuen Gesellschafter genau dieselben Rechte gewährt sein, wie dem alten, aber juristisch ist er nicht derselbe, da der Anteil nicht übertragungsfähig gedacht werden kann, sobald man ihn als die Beteiligung an der Gesamtherrschaft ansieht.

Daraus folgt zunächst einmal, dass o h n e die Zustimmung der übrigen Gesellschafter der Austretende nicht einseitig über seinen Anteil und die aus ihm entspringenden Rechte verfügen kann. Weiter folgt aber daraus, dass auch eine Verfügung über den Anteil m i t Zustimmung der übrigen Gesellschafter, die die herrschende Meinung allgemein für möglich und zulässig hält, eine juristische Unmöglichkeit ist.

Dem könnte entgegengehalten werden, dass doch tatsächlich der Gesellschaftsvertrag oftmals eine Bestimmung enthält, nach der die Verfügung über den Gesellschaftsanteil mit Zustimmung der übrigen Gesellschafter zulässig sein soll, oder durch die von vornherein die Gesellschaft ihre Zustimmung zu derartigen Verfügungen gibt. (ERG. Bd. 18 S. 39 ff.). In der Tat scheint

eine solche Bestimmung übertragbare Anteile vorauszusetzen. Aber es lässt sich ohne grosse Mühe eine Konstruktion finden, die die Annahme solcher übertragungsfähiger Anteile nicht notwendig macht. Man braucht nämlich nicht, wenn auch der Gesellschaftsvertrag von einer „Verfügung“ über die Anteile spricht, auch juristisch gleich an eine solche zu denken. Vielmehr lässt sich derselbe Erfolg auch erreichen, wenn man die Zustimmung der Gesellschafter zu einer Verfügung des einzelnen Gesellschafters über seinen Anteil nicht als Zustimmung zu einem Vertrage ansieht, sondern darin einen Vertrag zu Gunsten eines Dritten sieht, den der einzelne Gesellschafter mit der Gesellschaft schliesst. Wenn z. B. aus der aus A, B und C bestehenden Gesellschaft C zu Gunsten seines Sohnes D aus der Gesellschaft auszutreten wünscht, so schliesst er vor oder gleichzeitig mit dem Vertrage, durch den er aus der Gesellschaft ausscheidet, mit den übrigen Gesellschaftern A und B einen Vertrag zu Gunsten des D ab, des Inhaltes, dass die Gesellschaft dem neu eintretenden D einen dem seinen im wesentlichen gleichartigen Anteil übertragen werde. Diese Betrachtungsweise hat für uns den Vorteil, dass sie nicht zur Annahme übertragbarer Anteile nötigt, unsere Auffassung der Anteile also dadurch nicht berührt wird. Wir können demnach das Ergebnis, zu dem wir auf Grund unserer Definition des Anteiles gelangt sind, aufrecht erhalten und sagen:

> Der Austritt alter Gesellschafter und gleichzeitiger Eintritt neuer ist immer den Fällen gleich zu behandeln, in denen ein Gesellschafter austritt, ohne dass für ihn ein anderer eintritt, oder eintritt, ohne dass gleichzeitig einer aus der Gesellschaft ausscheidet. Der gleichzeitige Aus- und Eintritt stellt sich demnach dar als zwei Verträge: einen Austritts- und einen Eintrittsvertrag, niemals aber als eine Uebertragung der Mitgliedschaft. Soll der gleichzeitig Eintretende eine der Stellung des alten Gesellschafters im wesentlichen gleichartige Stellung erlangen, so kann von dem Austretenden mit den übrigen Gesellschaftern ein Vertrag geschlossen werden zu Gunsten des Eintretenden, durch den dieser das Recht erhält, einen dem des Ausscheidenden entsprechenden Anteil von der Gesell-

schaft zu erhalten. Eine Sukzession des neuen in die Stellung des alten Gesellschafters ist aber darin nicht zu sehen, da eine Uebertragung des Anteils, und somit der Mitgliedschaft, u. E. nicht möglich ist.

§ 8.

Einwendungen gegen die vertretene Ansicht und Widerlegung derselben.

Bisher war nur die Tatsache festgestellt worden, dass wir auf Grund unserer Anschauungen vom Anteil des einzelnen Gesellschafters und seinem Verhältnis zur Mitgliedschaft uns nicht mit der von der herrschenden Meinung aufgestellten Annahme der Zulässigkeit der Anteilsübertragung mit Zustimmung der übrigen Gesellschafter einverstanden erklären können. Soll aber die von uns an die Stelle dieser Annahme gesetzte Behauptung ihre Berechtigung beweisen, so ist es nötig, die Haupteinwendungen, die gegen sie erhoben werden können, anzuführen und zu widerlegen.

Wir gingen bei der Entwickelung unserer Ansicht von der Grundlage aus, dass der Anteil des einzelnen Gesellschafters ein von Natur aus unübertragbarer Anteil an der Gesamtherrschaft über das Gesellschaftsvermögen sei. Es ist schon darauf hingewiesen worden, dass hier eingewendet werden könnte: wenn die Anteile nicht übertragen werden können, so können sie gemäss § 851 ZPO. auch nicht gepfändet werden. Nun ist aber nach § 859 Abs. 1 ZPO. der Anteil eines Gesellschafters der Pfändung unterworfen. Also muss der Anteil seiner Natur nach übertragbar sein, und die Vorschrift des § 719 BGB. kann nur ein Verbot einer an sich möglichen Verfügung über den Anteil sein. Diese Argumentation ist bereits an anderer Stelle widerlegt worden. (vgl. oben Seite 29), es genügt also hier, darauf zu verweisen.

Aus der von uns behaupteten Unübertragbarkeit des Anteils hatten wir weiter gefolgert, dass auch die Mitgliedschaft im ganzen bei der offenen Handelsgesellschaft nicht übertragen werden könne (vgl. oben Seite 31), da der Anteil derjenige Bestandteil der Mitgliedschaft sei, aus dem alle anderen Rechte

und Pflichten, die die Mitgliedschaft enthalte, hervorgehen. Man könnte hiergegen folgendes einwenden: Nach BGB. §38 sei zwar auch die Mitgliedschaft eines rechtsfähigen Vereins nicht übertragbar. Aber der §40 bestimme andererseits, dass die Satzung eines Anderes bestimmen, also die Mitgliedschaft übertragbar machen könne. Bei der offenen Handelsgesellschaft liege die Sache ähnlich. Auch hier sei an sich die Mitgliedschaft gemäss §§ 717, 719 BGB. unübertragbar, aber ebenso wie beim rechtsfähigen Verein könne durch eine Bestimmung des Gesellschaftsvertrages die Uebertragbarkeit der Mitgliedschaft erzielt werden.

Hiergegen ist zu erwidern, dass gerade einer der Hauptunterschiede zwischen dem rechtsfähigen Verein und der offenen Handelsgesellschaft in der Mitgliedschaft liegt. Beim rechtsfähigen Verein ist Träger des Vermögens der Verein als selbständiges Rechtssubjekt. Der Einzelne hat also an der Trägerschaft dieses Vermögens gar keinen Anteil; er steht dem Verein wie jedem anderen Rechtssubjekt gegenüber, und seine Mitgliedschaft stellt sich lediglich dar als ein Konglomerat von Forderungen und Schulden gegenüber dem Verein als juristischer Person. Es ergibt sich daraus, dass aus ihrer Natur Bedenken gegen die Uebertragbarkeit dieser Mitgliedschaft nicht hergeleitet werden können, und es ist also verständlich, wenn das Gesetz die Unübertragbarkeit nur dispositiv bestimmt.

Ganz anders liegt die Sache bei der offenen Handelsgesellschaft. Hier sind Träger des Gesellschaftsvermögens die Gesellschafter in ihrer Gesamtheit. Der Anteil des Einzelnen an dieser Trägerschaft des Vermögens ist Hauptinhalt der Mitgliedschaft. Diese ist also nicht ein Komplex von Forderungen und Schulden gegenüber einem selbständigen Rechtssubjekt, das von der Individualität des Einzelnen unabhängig ist, sondern der Einzelne ist selbst Mitträger des Vermögens, seine ganze Persönlichkeit liegt in der Mitgliedschaft, d. h. dem Anteil, den er an der Herrschaft über das Gesellschaftsvermögen hat. Ein Vergleich zwischen der Mitgliedschaft des rechtsfähigen Vereins und der der offenen Handelsgesellschaft kann also zur Begründung einer gegenteiligen Ansicht nicht gezogen werden.

Man könnte ferner als Beleg gegen die von uns vertretene Ansicht den § 109 HGB. heranziehen. Dieser bestimmt nämlich in seinem ersten Satze, dass das Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander sich zunächst nach dem Gesellschaftsvertrage richtet. Hieraus könnte man folgern, dass auch die Vorschriften der § § 717 und 719 BGB. gegenüber abweichenden Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages keine Anwendung finden. Wir hatten demgegenüber gezeigt, dass nach unserer Ansicht die § § 719 und 717 BGB. ins cogens enthalten (vgl. oben Seite 29), an zwingenden Rechtsnormen aber vermag auch der Gesellschaftsvertrag nichts zu ändern.

Auch der § 139 HGB. scheint auf den ersten Blick gegen unsere Ansicht zu sprechen. Er gestattet nämlich für den Gesellschaftsvertrag die Bestimmung, dass im Falle des Todes eines Gesellschafters die Gesellschaft mit dessen Erben fortgesetzt werden könne. Man könnte daraus entnehmen, dass der Anteil des Erblassers (seine Mitgliedschaft) demnach vererblich und deshalb auch übertragbar sein müsse. Aber ist wirklich aus § 139 zu entnehmen, dass die Mitgliedschaft vererblich ist?[7]) Selbst diejenigen, die diese Folgerung ziehen, müssen anerkennen, dass die Mitgliedschaft mit erheblichen Modifikationen vererbt wird. So ist z. B. doch wesentliches Erfordernis jedes Gesellschafters, dass er für die Gesellschaftsschulden unbeschränkt haftet. Der Erbe aber kann diese Haftung willkürlich abwenden.[8]) Er kann, ohne dass ihm die übrigen Gesellschafter widersprechen können, „sein Verbleiben in der Gesellschaft davon abhängig machen, dass ihm . . . . die Stellung eines Kommanditisten eingeräumt . . . . wird." (§ 139 Abs. 1 HGB.). Nehmen die übrigen Gesellschafter diesen Antrag nicht an, so kann er ohne Kündigungsfrist aus der Gesellschaft ausscheiden. (§ 139 Abs. 2). Er hat also wesentlich von denen des Erblassers verschiedene Rechte, und man sieht daraus, dass auch bei Annahme vererblicher Mitgliedschaft eine weitgehende Veränderung

[7]) Von der herrschenden Meinung wird dies allgemein angenommen. Vgl. z. B. Cosack S. 693, 2a; 692 b.

[8]) Vgl. hierzu Lehmann S. 323.

dieser Mitgliedschaft im Falle der Vererbung anerkannt werden muss.

Wir können demgegenüber bei unserer Auffassung beharren, die Mitgliedschaft bei der offenen Handelsgesellschaft sei weder übertragbar, noch vererblich. Ebenso wie wir eine uns unmöglich erscheinende Uebertragung des Anteils auf einen Dritten durch einen Vertrag zu Gunsten dieses Dritten ersetzten, kann diese Konstruktion uns auch hier zum Ziele führen. Man kann nämlich in der von § 139 vorausgesetzten Bestimmung des Gesellschaftsvertrages, die Gesellschaft solle im Falle des Todes eines Gesellschafters mit dessen Erben fortgesetzt werden, auch einen Vertrag zu Gunsten dieser Erben sehen, die der betreffende Gesellschafter mit der Gesellschaft von vornherein abgeschlossen hat. Dieser Vertrag hat einen vom Gesetz fest bestimmten Inhalt. Es wird nämlich darin dem oder den Erben des betr. Gesellschafters das Recht gewährt, den Eintritt in die Gesellschaft als offener Gesellschafter zu verlangen. Die Gesellschaft ist also verpflichtet, dem Erben einen dem des Erblassers entsprechenden Anteil am Gesellschaftsvermögen, d. h. einen Anteil an der Mitherrschaft über dasselbe, einzuräumen. Ferner hat der Erbe aus diesem Vertrag zu seinen Gunsten das Recht, innerhalb einer dreimonatlichen Frist die Aenderung seiner Stellung als offener Handelsgesellschafter in diejenige eines Kommandisten zu verlangen. Während dieses Zeitraumes soll weiterhin seine Haftung für die bereits kontrahierten Gesellschaftsschulden nach Massgabe des bürgerlichen Rechtes beschränkt sein. Ein Erfordernis würde allerdings diese Auffassung voraussetzen, nämlich, dass der Erbe nicht gezwungen werden kann, seine Rechte aus dem Vertrage zu seinen Gunsten geltend zu machen, also nicht gezwungen werden kann, der Gesellschaft als Gesellschafter anzugehören. Diese Folge können wir insoweit ruhig annehmen, als sie besagt, dass solcher Zwang von der Gesellschaft aus gegen den Erben nicht ausgeübt werden kann. Dagegen kann insofern ein Zwang auf ihn ausgeübt werden, in die Gesellschaft einzutreten, als der Erwerb der Erbschaft überhaupt an die Bedingung des

Eintritts in die Gesellschaft an Stelle des Verstorbenen geknüpft werden kann.

Weiter müssen wir an dem aus unserer Auffassung hervorgehenden Erfordernis unbedingt festhalten, dass der Erbe eine Erklärung an die übrigen Gesellschafter richten muss, aus der hervorgeht, dass er das ihm zustehende Recht ausübe und von der Gesellschaft auf Grund des zu seinen Gunsten laufenden Vertrages die Einräumung eines Anteils verlange. Es ist aber nicht notwendig, dass diese Erklärung ausdrücklich erfolgt, sie wird vielmehr im allgemeinen aus dem Benehmen des Erben gegenüber der Gesellschaft zu entnehmen sein.

Es dürfte aus diesen Ausführungen hervorgehen, dass auch der § 139 nicht unbedingt zur Annahme einer übertragbaren Mitgliedschaft drängt, unsere Ansicht also auch ihm gegenüber aufrecht erhalten werden kann.

Während sich die bisher erwähnten Einwendungen gegen unsere Ansicht hauptsächlich gegen unsere Annahme unübertragbarer Anteile wandten, bleiben noch einige Tatsachen zu untersuchen übrig, die sich speziell gegen die von uns gebrachte Konstruktion des Austritts und gleichzeitigen Eintritts von Mitgliedern zu richten scheinen.

Wie erinnerlich, hatten wir diesen Fall so konstruiert, dass der ausscheidende Gesellschafter in jedem Falle seinen Anteil an der Gesellschaft aufgibt, ohne Rücksicht darauf, dass ein anderer für ihn eintritt. Zu dieser Konstruktion steht offenbar in Widerspruch die Tatsache, dass noch 5 Jahre nach dem Ausscheiden der Gesellschafter wegen seiner Haftung für Gesellschaftsverbindlichkeiten in Anspruch genommen werden kann. Denn diese Haftung ist ein Reflex der Mitgliedschaft, und, wenn diese untergegangen ist, so wäre also an sich auch keine Haftung des Ausscheidenden mehr möglich. Wenn man aber aus der Unmöglichkeit der Erklärung dieser Tatsache durch unsere Konstruktion herleiten wollte, dass unsere Konstruktion falsch sei, so kann mit demselben Rechte behauptet werden, dass auch die heute herrschende Meinung, die in dem gleichzeitigen Aus- und Eintritt unter Umständen eine Mitgliedschaftsübertragung sieht, falsch ist. Wenn nämlich ange-

nommen wird, der Ausscheidende habe seinen Anteil auf den Eintretenden übertragen, so geht durch die Veräusserung der Veräusserer doch seiner Mitgliedschaft auch verlustig. Trotzdem aber bleibt er noch nach § 159 HGB. 5 Jahre für die Schulden der Gesellschaft verhaftet. Wir sehen also, dass diese Tatsache der Forthaftung des ausgeschiedenen Gesellschafters weder in den Rahmen der einen noch der anderen Konstruktion passt, und man kann sie wohl am besten mit Gierke erklären als eine „Nachwirkung des Gesellschaftsbandes."[9])

Um zu beweisen, dass die von uns gewählte Konstruktion des gleichzeitigen Aus und Eintritts von Mitgliedern nicht den tatsächlichen Verhältnissen entspreche, könnte man weiterhin darauf fussen, dass doch schon rein äusserlich der Fall, dass für einen austretenden Gesellschafter gleichzeitig ein neuer eintritt, ganz verschieden sein könne von dem des Austritts ohne gleichzeitigen Eintritt eines anderen. Im letzteren Falle erhalte der Ausscheidende von der Gesellschaft gemäss § 738 BGB. sein Auseinandersetzungsguthaben ausbezahlt, während sich im ersteren Falle gerade die Uebertragung des Anteils mit aller Deutlichkeit daraus ergäbe, dass diese Auseinandersetzungsquote oftmals nicht ausbezahlt werde, sondern als Kapitalanteil des neuen Gesellschafters in der Gesellschaft verbleibe. Es muss zugegeben werden, dass diese tatsächliche Verschiedenheit der erwähnten Fälle vorhanden ist, aber sie reicht nicht aus, um dadurch diesen Fall des gleichzeitigen Aus- und Eintritts auch rechtlich als Besonderheit erscheinen zu lassen. Die Nichtabhebung der dem Kapitalanteil des ausscheidenden Mitgliedes entsprechenden Auseinandersetzungsquote reicht nicht aus, um darin eine Uebertragung der Mitgliedschaft auf den Neueintretenden zu sehen. Vielmehr tritt der Austretende den Anspruch auf Auszahlung dieser Quote, den er nach § 738 BGB. mit Aufgabe seiner Mitgliedschaft erhält, an den Neueintretenden ab. Dieser wird dadurch von der ihm nach § 705 BGB. obliegenden Pflicht zur Leistung einer Einlage entbunden; denn gegenüber der Forderung der Gesellschaft auf diese Einlage rechnet

[9]) Genossenschaftstheorie S. 561.

er mit dem ihm abgetretenen Anspruch auf die Auseinandersetzungsquote aus. Enderfolg ist dann, dass keiner vom anderen etwas zu fordern hat, und dass der Neueingetretene eine Einlage in derselben Höhe erhält, auf die der Anspruch des Ausscheidenden zur Zeit seines Austrittes lautete. (Näheres vgl. unten Seite 64 ff).

Wenn man die Sachlage von diesem Standpunkte aus auffasst, so ist lediglich eine Uebertragung des Anspruches auf die Auseinandersetzungsquote erfolgt, die nach BGB. § 717 Abs. 1 unbeschränkt zulässig ist. Da dieser Anspruch allein aber mit der Mitgliedschaft keineswegs identisch ist, so ist in seiner Abtretung eine Uebertragung der Mitgliedschaft oder des Anteiles nicht zu sehen.

Endlich ist noch ein Spezialfall des gleichzeitigen Aus- und Eintritts von Mitgliedern bei der offenen Handelsgesellschaft zu erwähnen, der ebenfalls auf den ersten Blick unsere Meinung als unhaltbar erscheinen lassen könnte. Es handelt sich hier um den Fall, dass bei einer nur aus 2 Mitgliedern bestehenden Gesellschaft einer der beiden, oder bei einer aus mehreren Personen bestehenden Gesellschaft alle bis auf einen Gesellschafter austreten, und gleichzeitig ein anderer für sie eintritt. Ueber die dabei entstehende Frage, ob in einem solchen Fall Fortbestand der alten Gesellschaft oder Auflösung der alten und gleichzeitige Neubegründung einer anderen Gesellschaft anzunehmen sei, gehen die Meinungen in der Literatur auseinander. Während die herrschende Meinung[10]) annimmt, dass diese Frage im wesentlichen mit Rücksicht auf den Willen der Parteien zu beantworten sei, will Makower[11]) hier auch bei auf Fortsetzung der Gesellschaft gerichteten Willen der Gesellschafter einen Fortbestand der alten Gesellschaft nicht annehmen.

Wie müssen wir von unserem Standpunkte aus diese Frage entscheiden?

Wir sagten oben, dass beim Austritt eines Gesellschafters, auch wenn ein neuer gleichzeitig eintrete, notgedrungen sein

[10]) Staub, Anm. 3 zu § 130 S. 554; Lehmann-Ring Anm. a zu § 130 S. 281 ERG. bei Holdheim, Bd. 11 S. 37 und 203.

[11]) Kommentar § 130 Anm. I a. S. 351.

Anteil auf die anderen Gesellschafter übergehe, und für den Eintretenden ein neuer begründet werden müsste. An sich würde also in den hier zu besprechenden Fällen der Anteil des oder der Austretenden auf den allein Zurückbleibenden übergehen, und es wäre mithin keine Gesellschaft mehr vorhanden, sondern nur noch ein Einzelkaufmann, mit dem sich der neue Gesellschafter höchstens zu einer neuen Gesellschaft zusammentun könnte. Aber auf dem schon oben besprochenen Wege des Vertrages zu Gunsten Dritter kann dieses für die Praxis oftmals ungünstige Ergebnis abgewendet werden. Es kann nämlich ein Vertrag zwischen dem ausscheidenden und dem zurückbleibenden Gesellschafter geschlossen werden, nach welchem dem dritten neu eintretenden Gesellschafter in demselben Augenblick, in dem sein Anteil durch seinen Austritt auf den Zurückbleibenden übergeht, ein neuer Anteil am Gesellschaftsvermögen bestellt werden soll. Dann fällt die Anwachsung des Anteils an den Zurückbleibenden und die Abwachsung zu Gunsten des neu Eintretenden zeitlich so dicht zusammen, dass die Gesellschaft als fortbestehend angesehen werden kann, da der Umstand, dass für einen Augenblick der allein übrig bleibende Gesellschafter alle Anteile in sich vereinigte, praktisch nicht in Erscheinung getreten ist.

Wir gelangen also auch in dieser Frage zu einem befriedigenden Resultat.

Schlussbemerkung.

Bevor wir dazu übergehen, die Wirkungen des gleichzeitigen Aus- und Eintritts im einzelnen zu würdigen, ist es am Platze, einen kurzen Rückblick auf das gewonnene Resultat zu werfen. Nach unserer Ansicht stellt der Eintritt eines Gesellschafters in die offene Handelsgesellschaft, der mit dem Austritt eines alten Gesellschafters zusammenfällt, sich juristisch niemals dar als eine Uebertragung der Mitgliedschaft von dem Austretenden auf den Eintretenden. Vielmehr sehen wir darin immer dasselbe, wie bei der Aufnahme eines Gesellschafters ohne den gleichzeitigen Austritt eines anderen, oder diesen ohne

den gleichzeitigen Eintritt: nämlich die Aufgabe der Mitgliedschaft durch den Ausscheidenden (d. h. die Anwachsung seines Anteils an die übrigen Gesellschafter) und die Neuerwerbung eines solchen durch den Eintretenden (d. h. die Abwachsung seines Anteils von den übrigen).

Man könnte fragen, worin der Vorteil der einen oder der anderen Ansicht zu suchen sei. Die Antwort darauf ist folgende: Die von uns bekämpfte Ansicht stützt sich auf die Annahme übertragbarer Anteile. Diese Annahme bringt unbedingt das Erfordernis mit sich, ihr Wesen und die Grösse dieser Anteile zu bestimmen. Die Literatur hat diese Aufgabe zu erfüllen gesucht, aber bis heute ist es ihr nicht gelungen, ein nach allen Richtungen hin einwandfreies Resultat zu ergründen. Es muss nach den vielen misslungenen Versuchen in dieser Richtung überhaupt fraglich erscheinen, ob sich jemals ein solches Resultat wird erzielen lassen.[12])

Deshalb haben wir versucht, einen anderen Begriff der Anteile festzustellen, der sie als von Natur aus unübertragbar erscheinen lässt. Erkennt man unsere Definition des Anteils an, so erledigen sich alle Fragen, ob er reell oder ideell, Miteigentumsquote oder Wertanteil sei, ganz von selbst, und eine Berechnung der Grösse des Anteils erscheint dann ebenso unmöglich wie unnötig, da eine Uebertragung nicht stattfinden kann. Und sollte diese Begriffsbestimmung des Anteils, die eine Berechnung seiner Grösse völlig überflüssig macht, angesichts der in der Literatur gerade in Bezug auf diese Frage hervorgetretenen Schwierigkeiten, nicht ein gewisser Vorteil unserer Ansicht sein, wenn es uns im Vorstehenden gelungen sein sollte, zu beweisen, dass auch bei Annahme eines unübertragbaren Anteils alle Erscheinungen, die bisher nur aus einer Uebertragung des Anteils gedeutet wurden, sich ohne gekünstelte juristische Konstruktion erklären lassen?

---

[12]) vgl. Knoke, Recht der Gesellschaft S. 93.

III. Abschnitt.

Die Wirkungen des Austritts alter und gleichzeitigen Eintritts neuer Gesellschafter.

I. Die Wirkungen in Bezug auf die Gesellschaft und das Gesellschaftsvermögen.

§ 9.

Der Fortbestand der Gesellschaft und der Firma.

Schon oben in § 3 war gezeigt worden, dass der Austritt und Eintritt von Gesellschaftern, auch wenn sie zu gleicher Zeit geschehen, trotz des im § 131 HGB. aufgestellten Prinzips bei dahingehendem Willen der übrigen Gesellschafter keine zerstörende Wirkung auf die Existenz der Gesellschaft ausübt. Aber es bleibt noch zu untersuchen, welche Wirkungen dieser Austritt und gleichzeitige Eintritt auf die Gesellschaft und das Gesellschaftsvermögen ausüben.

Zunächst bestimmt hier der § 738 BGB., dass beim Ausscheiden eines Gesellschafters sein Anteil den übrigen Gesellschaftern zuwächst. Das gilt, wie wir sehen, auch bei gleichzeitigem Eintritt eines anderen Gesellschafters, selbst dann wenn dieser dieselbe Stellung wie der alte einnimmt, da eine Uebertragung des Anteils auf den Eintretenden, d. h. eine Uebertragung der Mitgliedschaft, u. E. unmöglich ist. Man hat dieses Anwachsen und das korrespondierende Abwachsen in der Literatur in der verschiedensten Weise zu erklären versucht, je nach der Auffassung, die man von dem Wesen des „Anteils“ hatte. Für uns stellt es sich lediglich dar als ein natürlicher Vorgang, nämlich als der Uebergang des Anteils an der Mitherrschaft über das Gesellschaftsvermögen, den der Ausscheidende hatte, auf die Zurückbleibenden, und die gleichzeitige Neubegründung eines solchen Anteils an der Mitherrschaft durch den Eintretenden. Es kann demnach bei unserer Auffassung keinen Augenblick zweifelhaft sein, ob dieser Anteil an die übrigen Gesellschafter, bezw. von diesen auf den Neueintretenden der Uebertragung bedürfe. Der erste Entwurf zum BGB. § 658 Abs. 4

schrieb im Falle des Ausscheidens eine solche Uebertragung des Anteils auf die Zurückbleibenden vor. Aber bei der Beratung der 2. Kommission erkannte man, dass diese Auffassung dem Prinzipe der gesamten Hand, das der Gesellschaft zugrunde liegt, zuwiderlaufe, und dass nur die Form der Akkreszenz der Anteile diesem Prinzipe gerecht werde. Tatsächlich ist auch bei unserer Auffassung des Anteils eine Uebertragung unmöglich.

Wenn deshalb ein Gesellschafter, der als solcher einen Anteil an der Mitherrschaft über ein zum Gesellschaftsvermögen gehörendes Grundstück hatte, aus der Gesellschaft ausscheidet, so überträgt er, wenn jetzt sein Anteil den übrigen Gesellschaftern anwächst, ihnen nicht das Eigentum an einer ihm bis dahin zustehenden Quote des Grundstücks, sondern Eigentümer des Grundstücks bleibt nach wie vor die Gesamtheit der verbundenen Gesellschafter. Das Subjekt, dem das Eigentum am ganzen Grundstück zusteht, hat sich durch das Ausscheiden des Gesellschafters nicht geändert.[1]) Ebenso wird auch dem Neueintretenden nicht das Eigentum zu einer Quote des Grundstücks übertragen, sondern er bekommt nur einen Anteil an der Mitherrschaft über dasselbe. Ein Subjektwechsel liegt also auch hier nicht vor. Die Zahl der das Subjekt bildenden Genossen hat sich in diesen Fällen nur um einen vermindert oder vermehrt, ohne dass dadurch das Subjekt verändert wäre.

Als praktische Folge ergibt sich aus dieser Anschauung, dass weder beim Austritt noch beim Eintritt eines Gesellschafters eine Auflassung im Grundbuch erforderlich ist, da ein Eigentumsübergang gar nicht stattgefunden hat, zumal im Regelfalle die offene Handelsgesellschaft unter ihrer Firma im Grundbuch als Eigentümerin der der Gesellschaft gehörenden Grundstücke eingetragen wird.[2])

Ebenso, wie der Austritt und gleichzeitige Eintritt auf das Fortbestehen der Gesellschaft und auf die Zuständigkeit des Gesellschaftsvermögens keinen Einfluss ausübt, so kann in der Regel die offene Handelsgesellschaft trotz dieser Ereignisse auch die-

[1]) Gierke, Genossenschaftstheorie S. 516. Staub § 141 Anm. 3 S. 591.
[2]) Staub § 105 Anm. 29 S. 473.

selbe Firma fortführen. Dieses Recht wird ausdrücklich durch § 24 HGB. gewährt. In vielen Fällen wird aber der Name des Austretenden in der Gesellschaftsfirma enthalten sein. Hier braucht sich der ausscheidende Gesellschafter nicht gefallen zu lassen, dass sein Name noch weiter ein Unternehmen deckt, mit dem er gar keinen Zusammenhang mehr hat. Deshalb bestimmt der § 24 in Abs. 2, dass in solchem Falle die Fortführung der Firma der ausdrücklichen Einwilligung des Ausscheidenden unterliege. Diese Einwilligung ist aber nur dann erforderlich, wenn der in der Firma enthaltene Name auch wirklich der Name des Ausscheidenden ist, nicht schon dann, wenn er nur äusserlich mit ihm übereinstimmt.[3])

§ 10.

Einwirkung auf das Verhältnis der Gesellschafter zur Gesellschaft und zu Dritten.

I. Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht.

Durch den Austritt des alten Gesellschafters ist auf jeden Fall sein Anteil, seine Mitgliedschaft, erloschen. Damit sind auch alle Rechte aufgehoben, die aus der Mitgliedschaft hervorgehen,[4]) vor allem ist seine Geschäftsführungsbefugnis in dem Augenblicke beendet, in dem er aus der Gesellschaft ausscheidet. Dabei ist zu bemerken, dass das Recht auf die Geschäftsführung regelmässig erst mit dem Zeitpunkt des tatsächlichen Austritts erlischt. Wenn dieser z. B. auf Grund der Kündigung des Gesellschafters erfolgt, so ist der Zeitpunkt des Ausscheidens regelmässig erst der Schluss des Geschäftsjahres (§ 132 HGB.). In der Zwischenzeit zwischen Kündigung und tatsächlichem Austritt behält der Gesellschafter das Recht auf die Geschäftsführung. Gegen die darin für die übrigen Gesellschafter liegende Gefahr können sie sich im Wege der einstweiligen Verfügung schützen,

[3]) Behrend, S. 259 Anm. 40.

[4]) Darüber, dass aus dem Anteil gewisse Rechte „herauswachsen", (Anspruch auf Auseinandersetzungsquote), wird unten zu reden sein.

durch die dem nächstens Ausscheidenden das Recht auf die Geschäftsführung entzogen wird.[5])

Das über die Geschäftsführung Gesagte gilt im gleichen Umfange auch für die Vertretungsmacht.

Hat nun, wenn ein neuer Gesellschafter für den ausgetretenen eintritt, dieser ipso iure das Recht auf Vertretung und Geschäftsführung? Nach der herrschenden Meinung würde, da der Austretende zwar alle seine Rechte, aber auch nur die Rechte, die er in der Gesellschaft hatte, überträgt, der Neueingetretene, wenn dem Ausgeschiedenen das Recht auf Geschäftsführung nicht zustand, von vornherein von der Geschäftsführung ausgeschlossen sein.

Dem kann aber nicht so sein.

Vielmehr hatten wir gesehen, dass grundsätzlich auch bei gleichzeitigem Aus- und Eintritt die Stellung des Neueingetretenen nicht von der des Ausgetretenen abgeleitet erscheint, sondern dass vielmehr dieser seine Mitgliedschaft aufgegeben, jener eine neue erworben hat. Hat aber der Austretende mit den übrigen Gesellschaftern einen Vertrag zugunsten des Eintretenden geschlossen, dass dieser die gleiche Stellung in der Gesellschaft erhalten solle, die er selbst innehatte, so kann durch einen solchen Vertrag doch niemals erreicht werden, dass der Neueingetretene die Geschäftsführungsbefugnis nicht bekommt, da dies ein Vertrag zu seinen Ungunsten sein würde. Ihm muss vielmehr — sofern der Gesellschaftsvertrag nicht Abweichendes bestimmt — nach § 114 die Geschäftsführungsbefugnis zugestanden werden. Bei der Frage, ob dem Neueingetretenen die Geschäftsführung und die Vertretung der Gesellschaft zusteht, kommt es demnach m. E. gar nicht darauf an, ob der alte Gesellschafter das Recht auf Geschäftsführung und Vertretung hatte, sondern dem Neueingetretenen stehen diese Rechte — beim Fehlen einer anderweitigen Bestimmung des Gesellschaftsvertrages — ohne weiteres aus den §§ 114 bezw. 125 HGB. zu.

[5]) vgl. Böhmer, Austritt, Diss. S. 38.

II. Einfluss auf schwebende Prozesse.

Die offene Handelsgesellschaft als solche kann nach § 124 HGB. unter ihrer Firma klagen und verklagt werden. Als Subjekt, dass dabei die Klage führt, bezw. gegen das sie angestrengt wird, erscheint auch hier wiederum die Gesamtheit der durch das Prinzip der gesamten Hand verbundenen jeweiligen Gesellschafter. Daraus ergibt sich ohne Weiteres, dass durch Austritt sowohl wie durch Eintritt von Gesellschaftern das Subjekt nicht geändert wird, die Gesellschaftsprozesse laufen also ungeachtet dieser Ereignisse weiter; eine Unterbrechung nach § 241 ZPO. findet im allgemeinen nicht statt.[6]) Damit ist aber nicht gesagt, dass eine solche Unterbrechung immer ausgeschlossen ist. An sich steht nämlich zwar jedem Gesellschafter, soweit er Vertretungsmacht hat, auch die Vertretung der offenen Handelsgesellschaft im Prozesse zu (§ 126 HGB.), aber der Gesellschaftsvertrag kann bestimmen, dass nur dem Gesellschafter die Vertretung zustehen soll, dem dieses Recht durch Beschluss der übrigen Gesellschafter übertragen wird. Scheidet nun dieser eine vertretungsberechtigte Gesellschafter aus, und tritt gleichzeitig für ihn ein anderer ein, so hat dieser gemäss dem Gesellschaftsvertrage zunächst keine Vertretungsmacht. Da aber von den übrigen Gesellschaftern auch keiner vertretungsberechtigt ist, so wird der Prozess in diesem Falle unterbrochen, bis ein neuer Vertreter durch Beschluss der Gesellschafter bestellt ist.[7])

Ob der offenen Handelsgesellschaft im Prozesse zugeschobene bezw.. auferlegte Partei- und richterliche Eide von den vertretungsberechtigten Gesellschaftern oder von allen, d. h. auch von den von der Vertretungsmacht ausgeschlossenen, zu leisten ist, ist streitig.[8]) Immer aber ist der Ausgetretene von der Leistung solcher Eide ausgeschlossen. Da er aber — wie noch näher auszuführen sein wird — der Gesellschaft vom Augenblicke seines Ausscheidens ab als Dritter gegenübersteht, so kann er deshalb jetzt als Zeuge in den Gesellschaftsprozessen benannt

[6]) so die herrschende Meinung. A. A. Wach, Handbuch S. 531.

[7]) vgl. Hellwig, Anspruch, S. 280; Staub, § 124 Anm. 11 S. 523.

[8]) Lehmann-Ring S. 261 Nr. 5; Staub S. 523 Anm. 12 und die dort angef. Entsch.; Gierke Gen.-Th. S. 598 ff.

werden. Eventuell ist er dann nach § 393 Nr. 4 ZPO. unbeeidigt zu vernehmen.[9])

Dies alles gilt aber nur für die gegen die Gesellschaft geführten Prozesse. Wendet sich dagegen der Gläubiger, was ihm jederzeit freisteht, gegen den Ausgeschiedenen persönlich, so hat der Austritt auf diesen Prozess keinen Einfluss, da er auch nach diesem Zeitpunkt noch 5 Jahre unbeschränkt haftet nach § 159 HGB.

Die Rechtskraft des Urteils gegen die Gesellschaft erstreckt sich, wie Staub[10]) ausführt, auf alle Gesellschafter, die während des Prozesses der Gesellschaft angehört haben. Sowohl der Austretende als auch der Eintretende nehmen also an den Folgen des Prozesses teil, sofern sie zur Zeit der Prozessführung Mitglieder waren.

§ 11.
Eintragungen im Handelsregister.

Wie im vorigen Paragraphen gezeigt wurde, hat die Veränderung des Personalbestandes der Gesellschaft nicht nur Folgen im Innenverhältnis der Gesellschafter, sondern auch jeder Dritte, der mit der Gesellschaft Geschäfte abschliessen will, hat ein Interesse daran, solche Veränderungen zu erfahren. So ist es z. B. wichtig für ihn, zu wissen, dass durch den Austritt des einen Gesellschafters dessen Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis erloschen ist, und dass andererseits vielleicht ein anderer jetzt Mitglied der Gesellschaft geworden ist, und infolgedessen berechtigt ist, Geschäfte im Namen der offenen Handelsgesellschaft einzugehen.

Aus diesem Grunde hat das Gesetz sowohl für den Eintritt, als auch für den Austritt eines Gesellschafters Eintragung ins Handelsregister vorgeschrieben. (§ 107 bezw. 143 Abs. 2 HGB.).

In beiden Fällen haben bei der Anmeldung sämtliche Gesellschafter mitzuwirken. (§ § 108 bezw. 143 Abs. 1 HGB.).

---

[9]) vgl. ERG. Bd. 49 S. 426/27.
[10]) S. 527 Anm. 27.

Für den Fall, dass für einen austretenden Gesellschafter gleichzeitig ein neuer eintritt, können sich nun Zweifel darüber ergeben, ob der Austretende noch den Eintritt, der Eintretende den Austritt des anderen Gesellschafters mit den übrigen zusammen anmelden müsse. Und weiter, ob der Austretende bei der Anmeldung seines Austrittes, der Eintretende bei der seines Eintritts mitzuwirken habe. Die letzte Frage ist m. E. zu bejahen, d. h. sowohl der Austretende, als der Eintretende haben bei der Eintragung des sie betreffenden Aktes mitzuwirken. Im Weigerungsfalle kann der Registerrichter mit Ordnungsstrafe nach Massgabe des § 14 HGB. vorgehen.

Dagegen ist es m. E. so anzusehen, als ob sich, selbst für den Fall vollkommener Gleichzeitigkeit des Aus- und Eintritts, ein kleiner Zeitraum zwischen diese beiden Akte schöbe, in der Weise, dass der Ausscheidende im Augenblicke des Eintritts nicht mehr als Gesellschafter erscheint. Dann ist klar, dass er bei der Anmeldung des Eintritts des anderen nicht mehr mitzuwirken braucht, da er diesen Zeitpunkt nicht mehr als Gesellschafter erlebt hat. Andererseits kann dann auch von einer Mitwirkung des Eintretenden bei der Anmeldung des Austritts des alten Gesellschafters keine Rede sein, da er in diesem Zeitpunkt noch nicht Gesellschafter war. Es ist dabei unerheblich, dass er vielleicht zu der Zeit, als die Anmeldung wirklich geschah, schon Gesellschafter war; vielmehr kommt es lediglich darauf an, dass das Ereignis des Austritts nicht in seine Gesellschafterzeit fällt.

Die Anmeldungen sind gemäss § 8 HGB. in Verbindung mit § 125 FGG. und § 12 HGB. bei dem Amtsgerichte der Hauptniederlassung sowohl, wie jeder Zweigniederlassung vorzunehmen. Die Wirkungen der Eintragung bezw. ihrer Unterlassung entsprechen denen durch § 15 einer jeden Eintragung beigelegten. Es erübrigt sich also, da sie im vorliegenden Falle keine Besonderheiten aufweisen, hier näher darauf einzugehen. Nur ist noch zu bemerken, dass die Frage, ob eine der einzutragenden Tatsachen dem Dritten bekannt ist, nicht schon dann verneint werden kann, wenn dem Dritten die Kenntnis von nur

einem der Gesellschafter übermittelt worden ist. Behrend[11]) will in solchem Falle „in der Regel“ die Kenntnis des Dritten verneinen.

Im Wesentlichen hat die Eintragung nur für das Verhältnis der Gesellschaft zu Dritten Bedeutung. Für einen Fall aber kommt ihr eine solche auch im Innenverhältnis zu; es beginnt nämlich nach § 159 die für den Ausgeschiedenen in Bezug auf seine fortdauernde Haftung für Gesellschaftsschulden geltende fünfjährige Verjährungsfrist mit dem Ende des Tages, an welchem die Anmeldung des Austrittes bei dem zuständigen Gericht erfolgte.

II. Die Wirkungen auf den Austretenden insbesondere.

Die Tatsache, dass ein Gesellschafter aus der offenen Handelsgesellschaft austritt, während zu gleicher Zeit ein anderer ihr als neues Mitglied beitritt, kann sich — soweit ihre juristische Betrachtung in Frage kommt — in zweifacher Art vollziehen. Einmal können diese Ereignisse gänzlich unabhängig voneinander geschehen. Man kann sich z. B. vorstellen, dass ein Mitglied der offenen Handelsgesellschaft sich mit den übrigen Gesellschaftern entzweit und deshalb kündigt. Da aber die zurückbleibenden Mitglieder nicht kapitalkräftig genug sind, um das Unternehmen aufrecht zu erhalten, verabreden sie mit dem Dritten, dass er am Schlusse des Geschäftsjahres, wenn der andere austritt, mit einer neuen Einlage in die Gesellschaft eintritt. Ein Zusammenhang zwischen dem Austretenden und dem Eintretenden besteht hier in keiner Weise; der Neueintretende macht eine ganz neue Einlage, während der Ausscheidende die Auseinandersetzung mit der Gesellschaft vornimmt. Es leuchtet ein, dass hier die Gleichzeitigkeit des Aus- und Eintritts nichts zu bedeuten hat. Es ist, als ob der Austritt ohne den Eintritt, der Eintritt ohne den gleichzeitigen Austritt erfolgt wäre.

[11]) Lehrbuch Bd. I S. 544, Anm. 21.

Auf der anderen Seite kann aber auch der Austretende schon vor seinem Austritt für einen Nachfolger gesorgt haben, der an seine Stelle in die Gesellschaft eintreten soll. Wir sahen oben, dass nach unserer Ansicht auch dieser Fall nicht als rechtliche Besonderheit gegenüber dem vorerwähnten erscheint, wohl aber als tatsächliche. Wenn nämlich der Austretende unserer Meinung nach auch nicht seine Mitgliedschaft auf den neuen Gesellschafter überträgt, so verschafft er ihm doch durch einen Vertrag zu seinen Gunsten eine Stellung, die der seinigen im wesentlichen entspricht. Daneben ist dieser zweite Fall auch insofern noch von dem ersten unterschieden, als hier im allgemein der Austretende keine Auseinandersetzung herbeiführen wird, während der Eintretende bei seinem Eintritt keine Einlage in die Gesellschaft macht.

Bei der nun folgenden Betrachtung der Wirkungen, die ein solcher gleichzeitiger Aus- und Eintritt auf den Austretenden insbesondere zeitigt, werden wir uns an diese verschiedene Erscheinungsform solchen gleichzeitigen Aus- und Eintritts zu halten haben. Wir werden demgemäss zunächst den ersten Fall ins Auge fassen, wo der ausscheidende Gesellschafter sich mit der Gesellschaft auseinandersetzt, um nachher in einem besonderen Paragraphen die Besonderheiten des zweiten Falles auf den Austretenden zu untersuchen.

§ 12.

Verlust der Gesellschafterstellung.

Mit dem Ausscheiden aus der Gesellschaft geht der Austretende seines Anteils am Gesellschaftsvermögen verlustig. Dass dieser den übrigen Gesellschaftern anwächst, und dass diese Anwachsung keine Uebertragung darstellt, also auch einer dafür evtl. vorgeschriebenen Form nicht bedarf, war bereits oben (Seite 50) gezeigt worden. Für den Ausscheidenden bedeutet dieser Verlust des Anteils, dass er von nun an vollständig aus der Gesellschaft ausgeschieden ist, ihr jetzt als Dritter gegenübersteht.[12]) Diese Tatsache bringt für ihn die wichtigsten Folgen mit sich.

[12]) vgl. ERG. Bd. 21, S. 95; Bd. 49, S. 426/27.

Zunächst haftet der Ausgeschiedene, da er nicht mehr Gesellschafter ist, auch nicht mehr für die n a c h seinem Austritt von der Gesellschaft kontrahierten Schulden. Zweifel können aber entstehen bez. der sogen. schwebenden Geschäfte. Man versteht darunter diejenigen Geschäfte, deren Eingehung noch in die Zeit fällt, da der Ausgeschiedene noch der Gesellschaft angehörte, die aber bei seinem Austritt noch nicht beendet waren. Da der Gesellschafter diese Geschäfte aber noch als Gesellschafter abgeschlossen hat, so muss er für sie auch mit seinem ganzen Vermögen unbeschränkt haften.

Anders ist dagegen bez. der sogen. Abwickelungsgeschäfte zu entscheiden, die zur Abwicklung schwebender Geschäfte eingegangen sind. Diese Verpflichtungen sind zwar für Rechnung, aber nicht auf den Namen des ausgetretenen Gesellschafters eingegangen; es kann demnach nur eine Haftung der zur Gesellschaft gehörigen Gesellschafter in Frage kommen.[13])

Die Tatsache, dass der Ausgeschiedene mit seinem Austritt völlig aufgehört hat, Gesellschafter zu sein, hat ferner zur Folge, dass das Konkurrenzverbot, das § 114 dem Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft auferlegt, für ihn keine Wirkung mehr hat. Er darf also sowohl in dem Handelszweige der Gesellschaft Geschäfte machen, als auch gleich nach seinem Austritt einer anderen gleichartigen Handelsgesellschaft als persönlich haftender Gesellschafter beitreten. Staub[14]) bemerkt aber, dass häufig dem Ausscheidenden neue Konkurrenzverbote kraft des Gesellschaftsvertrages für den Fall seines Austritts auferlegt werden.

Es kann sich der Fall ereignen, dass bald nachdem der Gesellschafter aus der Gesellschaft ausgeschieden und ein anderer für ihn eingetreten ist, die fortbestehende Gesellschaft in Konkurs fällt. Wenn daneben auch der Konkurs über das Privatvermögen eines Gesellschafters eröffnet ist, so bestimmt der § 212 KO., dass die Gesellschaftsgläubiger in diesem letzteren Konkurse nur in Höhe des Ausfalls im Gesellschaftskonkurse Befriedigung suchen können. Es hat sich nun in der Literatur ein

[13]) Ebenso Behrend S. 560 Anm. 27; Staub § 141 Anm. 23 S. 596.
[14]) § 141 Anm. 31 S. 597.

Streit darüber entsponnen, ob man diese Vorschrift des § 212, die zum Schutze der Privatgläubiger des Gesellschafters gegeben ist,[15]) auch auf den ausgeschiedenen Gesellschafter ausdehnen könne. Wenn man sich an den Ausdruck des § 212 klammert, so ist allerdings eine solche Ausdehnung unzulässig; denn § 212 spricht nur von dem Konkurse über das Vermögen eines „Gesellschafters"; als ein solcher ist aber — wie wir sahen — der Ausgeschiedene nicht mehr anzusehen. Es ist auch, wie Lehmann-Ring richtig bemerken,[16]) kein Unterschied zwischen Gesellschafts- und Privatvermögen bei dem Ausgeschiedenen mehr vorhanden. Aber die ratio legis beim § 212 ist — wie gesagt — der Schutz der Privatgläubiger des Kridars gegenüber den Gesellschaftsgläubigern. Dieses Schutzes bedürfen aber die Privatgläubiger des Ausgeschiedenen ebenso, wie die des der Gesellschaft noch angehörenden Gesellschafters; denn das Verhältnis zwischen Gesellschaftsgläubigern und Privatgläubigern ist auch 5 Jahre nach dem Ausscheiden des Gesellschafters noch dasselbe, wie zur Zeit seiner Zugehörigkeit zur Gesellschaft. Aus diesem Grunde ist m. E. der Meinung zuzustimmen, die § 212 auch auf den ausgeschiedenen Gesellschafter ausdehnen will.[17])

Auch ist anzunehmen, dass ein Zwangsvergleich, der im Gesellschaftskonkurse geschlossen wird, seine Wirkung auf den Ausgeschiedenen erstreckt.[18])

Es ist schon früher darauf hingewiesen worden, dass zwar der Gesellschafter mit seinem Austritt sein Anteilsrecht verliert. Aber aus diesem Anteil erwachsen ihm Ansprüche, die in den § § 738—740 BGB. enthalten sind. Um das Auseinandersetzungsguthaben, dessen Auszahlung der ausgeschiedene Gesellschafter von der Gesellschaft verlangen kann, genau festzustel-

[15]) vgl. Harburger; Konkursordnung § 212 Anm. 1.

[16]) S. 313 Anm. 1.

[17]) so Behrend S. 582; Cosack; S. 695 b und Anm. 6. Daselbst weitere Literatur. Abweichend Lehmann-Ring; § 144 Nr. 5 S. 313; Gierke; Gen.-Th. S 561 Anm. 4.

[18]) Ebenso Cosack S. 695 b. Dagegen Staub § 141 Anm. 12 S. 594 und ERG. Bd. 29 S. 39.

len, ist die Anfertigung einer Bilanz nötig. Ihre Aufstellung erfolgt in derselben Weise, wie die jährliche Bilanz, die zur Berechnung der Gewinnbeteiligung aufgestellt wird. Wer diese Aufstellung zu besorgen hat, darüber sagt das Handelsgesetzbuch nichts. Das Reichsgericht (Bd. 15 S. 82) hat angenommen, dass, sofern der Gesellschaftsvertrag nicht ein anderes vorschreibt, alle Gesellschafter, einschliesslich des Ausscheidenden, daran mitzuwirken haben. Es wird aber, wenn man dieser Ansicht beitritt, dem Ausgeschiedenen entsprechend dieser Pflicht zur Mitwirkung auch in jedem Falle ein Recht auf Teilnahme an der Bilanzaufstellung zuzuerkennen sein.

Der Umstand, dass nach seinem Austritte der Ausgeschiedene der Gesellschaft als Dritter gegenübersteht, hat endlich zur Folge, dass die Haftung der Gesellschafter bei Erledigung der Abwickelungsgeschäfte ihm gegenüber erhöht wird. Die herrschende Meinung[19]) nimmt zwar an, dass auch hier die Gesellschafter dem Ausgeschiedenen nur für culpa in concreto haften, aber diese mildere Haftung gilt nur für die Gesellschafter in ihrem Verhältnis zueinander (vgl. BGB. § 708). Dem Ausgeschiedenen müssen deshalb die Gesellschafter m. E., da er in keinem gesellschaftlichen Verhältnis mehr zu ihnen steht, wie jedem Dritten bei der Besorgung von Geschäften haften: für die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns gemäss § 347 Abs. 1 HGB.

§ 13.

Die Auseinandersetzung.

In dem Augenblicke, in dem der Gesellschafter aus der Gesellschaft ausgeschieden ist, ist sein Anteil nach BGB. § 738 den übrigen Gesellschaftern zugewachsen. Aber für diesen Verlust des Anteils wird der Gesellschafter dadurch entschädigt, dass ihm das Recht auf Auskehrung des Auseinandersetzungsguthabens mit seinem Austritte erwächst, d. h. der Anspruch auf dasjenige, „was er bei der Auseinandersetzung erhalten würde, wenn die Gesellschaft zur Zeit seines Ausscheidens auf-

[19]) Lehmann-Ring S. 340 Nr. 9; Staub § 141 Anm. 27 S. 596 u. a. m.

gelöst worden wäre.“ (BGB. § 738 Satz 2). Ausserdem sind ihm die nur quoad usum eingebrachten Gegenstände in natura zurückzuerstatten. Im einzelnen ist die Art der Auseinandersetzung in den § § 738 bis 740 BGB. geregelt, die aber nur dispositives Recht enthalten.[19a]) Namentlich kann der Ausscheidende von den zurückbleibenden Gesellschaftern verlangen, dass sie ihn von den Gesellschaftsschulden befreien. Dies kann in der Weise geschehen, dass sie entweder die Schulden bezahlen, oder ihm persönlich den Erlass des Gläubigers verschaffen, oder endlich, dass sie ihm Sicherheit für noch nicht fällige Schulden leisten.[20]) Diese Vorschrift des § 738 BGB. bildet das Gegengewicht zu der Vorschrift des § 159 HGB., die den ausgeschiedenen Gesellschafter noch fünf Jahre unbeschränkt weiter für die Gesellschaftsschulden haften lässt.

Wird nun der Ausgeschiedene auf Grund des § 159 von einem Gesellschaftsgläubiger in Anspruch genommen, so muss er zunächst zahlen. Aber er kann auf Grund des § 738 BGB. gegen die Gesellschaft sowohl wie gegen die einzelnen Gesellschafter Rückgriff nehmen.[21]) Er steht mit einer solchen Forderung der Gesellschaft und den Gesellschaftern ebenso als Gesellschaftsgläubiger gegenüber, wie bei der Forderung auf Auszahlung seiner Auseinandersetzungsquote. Deshalb ist anzunehmen, dass auch neue Gesellschafter, die gleichzeitig mit seinem Austritt in die Gesellschaft eingetreten sind, für diese Forderungen des Ausgeschiedenen unbeschränkt haften gemäss § 130 HGB.[22]).

Was die Auszahlung dieser Auseinandersetzungsquote anlangt, so ist aus BGB. § 738 zu entnehmen, dass der Ausgeschiedene nur ihre Auskehrung in barem Gelde verlangen kann. Jedenfalls kann er nicht verlangen, dass zum Zwecke der Auseinandersetzung das Inventar der Gesellschaft versilbert werde, vielmehr ist der Wert des Gesellschaftsvermögen im Wege der

---

[19a]) so auch Staub § 141 Anm. 13 S. 594; Lehmann S. 341 Nr. 11.
[20]) Staub § 141 Anm. 10 S. 594.
[21]) ERG. Bd. 11 S. 130 ff.
[22]) vgl. Makower S. 367 c.

Schätzung, d. h. evtl. durch Sachverständige, zu ermitteln, und daraus sein Anteil zu berechnen.

Es ist auch mit Staub[23]) anzunehmen, dass die Auszahlung nicht sofort zu erfolgen hat, sondern dass in der Regel angemessene Fristen dafür anzusetzen sind, um den Bestand der Gesellschaft nicht zu gefährden. Einen Anspruch auf Sicherheitsleistung wegen seines Anspruches hat aber während dieser Fristen der Ausgeschiedene nicht.

Da der Ausgeschiedene an der Aufstellung der Auskehrbilanz zur Berechnung seines Guthabens ein reges Interesse haben wird, so hat er, wie oben Seite 60 bemerkt, stets ein Recht auf Mitwirkung bei dieser Aufstellung. Ob dabei sein Recht soweit geht, dass er Bücher der Gesellschaft einsehen darf, ist Tatfrage. Im allgemeinen wird ihm dieses Recht aber zugestanden werden können, da nur Eintragungen in Betracht kommen, die schon während der Zeit seiner Zugehörigkeit gemacht wurden.

Die Berechnung, die sich aus der Auskehrbilanz für sein Auseinandersetzungsguthaben ergibt, ist in der Regel keine endgültige. Es sind gewöhnlich noch schwebende Geschäfte vorhanden, deren anteilsmässiger Gewinn oder Verlust bei einer Berechnung seines Guthabens in Betracht gezogen werden müsste. Da eine solche Berechnung aber vor endgültiger Erledigung dieser Geschäfte nicht möglich ist, und andererseits der Gesellschafter ein Interesse daran hat, sein Auseinandersetzungsguthaben möglichst bald nach seinem Ausscheiden zu bekommen, so wird ihm vorläufig dieses Guthaben ohne Rücksicht auf die schwebenden Geschäfte ausbezahlt. Diese letzteren müssen aber von den Gesellschaftern (nach ihrem Ermessen) möglichst vorteilhaft zu Ende geführt werden, und der Ausgeschiedene bleibt am Gewinn oder Verlust, der sich aus ihnen ergibt, beteiligt. (BGB. § 740). Diese Beteiligung gibt ihm das Recht, am Ende eines jeden Geschäftsjahres Rechenschaftslegung und Auszahlung des etwaigen Gewinnes, evtl. auch Auskunft über die noch schwebenden Geschäfte, zu verlangen. (§ 740 Abs. 2). Die Frage, wie die Rechenschaftslegung im besonderen zu erfolgen hat, ist

[23]) § 141 Anm. 9 S. 594.

in der Literatur bestritten, namentlich, ob ihm das Recht zusteht, zum Zwecke der Kontrollierung etwa ihm vorgelegter Rechnungsauszüge die Bücher der offenen Handelsgesellschaft einzusehen. Die Mehrzahl der Schriftsteller und das Reichsgericht[24]) scheuen sich, — auch wohl mit Recht — ihm dieses Recht zu geben; denn die offene Handelsgesellschaft kann grosses Interesse daran haben, dass der Ausgeschiedene, der jetzt vielleicht einem Konkurrenzgeschäft angehört, nicht aus den Büchern ihre Geschäftslage ersehe. Auf der anderen Seite muss aber auch dem Ausgeschiedenen das Recht zugestanden werden, den Rechnungsauszug, der ihm vorgelegt ist, auf seine Richtigkeit zu prüfen, und dazu kann unter Umständen Büchereinsicht erforderlich sein. In den meisten Fällen wird freilich der § 810 BGB. für diese Zwecke ausreichen.

Es ist bis jetzt lediglich der Fall betrachtet worden, dass die Auskehrbilanz für den Ausgeschiedenen ein Guthaben ergab Es kann aber auch möglich sein, dass er nichts von der Gesellschaft zu fordern hat, sondern dass er ihr Schuldner wird. Dieser Fall tritt nach BGB. § 739 dann ein, wenn der Wert des Gesellschaftsvermögens zur Deckung der gemeinschaftlichen Schulden und der Einlagen nicht ausreicht. Der Ausgeschiedene soll dann für den Fehlbetrag nach dem Verhältnis seines Anteils am Verluste aufkommen. Während er im umgekehrten Falle Gläubiger der Gesellschaft war, ist er jetzt ihr Schuldner. Aber, da in der Auskehrbilanz die Schulden der Gesellschaft schon berücksichtigt sind, so befreit die Gesellschaft dieser Anspruch gegen den Ausgeschiedenen ihrerseits nicht davon, den Ausgeschiedenen von den Gesellschaftsschulden zu befreien, bezw. ihm Sicherheit dafür zu leisten.

Ausser dieser Schuld der Gesellschaft gegenüber bleibt der Ausgeschiedene eventuell verpflichtet, Geld, das er während seiner Zugehörigkeit zur Gesellschaft unbefugt aus der Gesellschaftskasse entnommen hat, an die Gesellschaft zurückzuerstatten. Eine Aufrechnung dieser Schuld mit der Forderung auf

[24]) Behrend S. 560 Anm. 25; Staub § 141 Anm. 28 S. 596; ERG. Bd. 15 S. 82 u. a. m.

die Auszahlung des Auseinandersetzungsguthabens braucht sich die Gesellschaft nicht gefallen zu lassen.

§ 14.
Der Sonderfall.

Während bisher lediglich die Wirkungen einer Betrachtung unterzogen wurden, die jeden Austretenden treffen, gleichgültig ob sein Austritt von dem gleichzeitigen Eintritt eines Anderen begleitet ist, oder nicht, ist jetzt der schon vorerwähnte Sonderfall (vgl. oben Seite 57) und die besonderen Wirkungen, die er auslöst, ins Auge zu fassen.

Wir hatten gesehen, dass zwischen dem Austretenden und dem gleichzeitig Eintretenden insofern eine Beziehung bestehen kann, als der erstere durch einen Vertrag zu Gunsten des letzteren diesem im wesentlichen dieselbe Stellung verschaffen kann, die er selbst innehatte. Durch diesen Vertrag wird die Gesellschaft verpflichtet, dem Neueintretenden einen gleichen Anteil, wie dem Ausgeschiedenen zustand, einzuräumen. Aber diese Einräumung des Anteils geschieht natürlich nicht ohne jede Leistung von seiten des Eintretenden. Vielmehr bleibt dieser, wie jeder, der in eine bestehende Gesellschaft eintritt, verpflichtet, eine Einlage zu machen. In der Eigenart dieser Einlageleistung nun zeigt sich die Hauptbesonderheit des vorliegenden Sonderfalles.

Es ergibt sich nämlich bei dem gleichzeitigen Aus- und Eintritt der Umstand, dass der Austretende eine Forderung (auf sein Auseinandersetzungsguthaben) gegen die Gesellschaft hat, während umgekehrt der Eintretende der Gesellschaft gegenüber zur Leistung, nämlich der Einlage, verpflichtet ist. Anstatt dass nun der Eine seine Forderung geltend macht, der Andere seine Leistung bewirkt, liegt es für die Beiden nahe, Forderung und Schuld in der Weise zur Deckung zu bringen, dass der Eintretende sich die Forderung gegen die Gesellschaft von dem Austretenden zedieren lässt und ihm dafür eine Entschädigung bezahlt. (Dass der Anspruch auf die Auseinandersetzungsquote abgetreten werden kann, ist zweifellos. Vgl.

§ 717 BGB.). Der Eintretende rechnet dann mit der ihm abgetretenen Forderung gegen die Gesellschaft gegen die Schuld, die er in Höhe der zu machenden Einlage der Gesellschaft gegenüber hat, auf. Eine solche Regelung kann nur im Interesse eines jeden der Beteiligten liegen.

Der Austretende hat nämlich den Vorteil, dass er sofort gegen Abtretung aller auf seine Auseinandersetzungsquote bezüglichen Rechte eine bare Entschädigung für seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen bekommt. (Natürlich kann er die Rechte dem Eintretenden auch schenkungsweise etc. zedieren.) Andererseits werden dem Eintretenden alle Umständlichkeiten erspart, die die Einbringung der Einlage eventuell mit sich bringt. (Auflassung eingebrachter Grundstücke etc.) Die Gesellschaft endlich hat grosses Interesse daran, dass auf diese Weise ihr Gesellschaftsvermögen nicht erst vermindert und dann wieder aufgefüllt wird, sondern dass es auf dem gleichen Niveau bleibt. Die juristische Zerlegung ihrer Handlungsweise in eine Abtretung des Auseinandersetzungsanspruches und eine Aufrechnung zwischen Gesellschaft und Eintretendem kommt den Beteiligten in solchem Falle gar nicht zum Bewusstsein. Da der Eintretende die im wesentlichen gleiche Stellung des Ausgeschiedenen erhält, so werden sie in der Regel annehmen, es sei die Mitgliedschaft von dem Ausgetretenen auf den zu gleicher Zeit Eingetretenen übergegangen. Aber — wie oben ausführlich gezeigt wurde — lässt sich ein solcher Uebergang u. E. juristisch nicht annehmen, und so bleibt nichts übrig, als die etwas umständlichere Konstruktion mit Vertrag zu Gunsten eines Dritten und Abtretungsvertrag anzunehmen. Diese Konstruktion führt auch in der Praxis nicht zu Umständlichkeiten, denn alle in Betracht kommenden Verträge sind formlos.

In der Abtretung des Anspruchs auf die Auseinandersetzungsquote wird stets auch der Anspruch auf den Gewinn aus den schwebenden Geschäften enthalten sein. Denn diese Gewinnposten gehören eigentlich zur Auseinandersetzungsquote; ihre Berücksichtigung war nur zur Zeit des Ausscheidens noch nicht möglich, da die Geschäfte zu dieser Zeit noch nicht beendet waren. Mit der Abtretung dieser Ansprüche an den Neueintre-

tenden hat also der ausgeschiedene Gesellschafter grundsätzlich keine Forderungen gegen die Gesellschaft mehr. Wenn er aber z. B. Gegenstände nur quoad usum eingebracht und sich nicht zu einer Ueberlassung über den Zeitpunkt seines Ausscheidens hinaus verpflichtet hatte, so kann er sie zurückfordern; ebenfalls steht ihm evtl. ein Ersatzanspruch wegen Aufwendungen etc. zu. Es ist aber auch möglich, dass auch diese Forderungen an den Neueingetretenen abgetreten sind, sodass der Ausgetretene keine Forderungsrechte gegen die Gesellschaft mehr hat.

Da der Anspruch auf die Auseinandersetzungsquote abgetreten wird, so ist im allgemeinen Voraussetzung, dass er zuvor rechnerisch bestimmt wird. Deshalb kann der Austretende auch, wenn gleichzeitig ein Anderer an seine Stelle tritt, Aufstellung einer Bilanz verlangen. Einen Anspruch auf Rechnungslegung wegen schwebender Geschäfte hat er dagegen in den meisten Fällen nicht, da er dieses Recht mit dem Anspruch selbst auf den Eintretenden übertragen hat. Dieser aber nimmt schon als Gesellschafter an den schwebenden Geschäften teil, und es tritt also dasselbe praktische Ergebnis ein, als wenn auf das Recht der Rechnungslegung verzichtet worden wäre.

Ohne Rücksicht auf den Neueintretenden bleiben dem Ausscheidenden aber auch im Falle des gleichzeitigen Eintritts eines Anderen immer die Pflichten, die sein Austritt ohne Rücksicht darauf mit sich bringen würde. Namentlich bleibt er also den Gesellschaftsgläubigern auf jeden Fall noch fünf Jahre haftbar. Demgegenüber bleibt aber auch sein Anspruch auf Befreiung von den Gesellschaftsschulden bestehen.

Ebenfalls hat er Gelder, die er unbefugt der Kasse der Gesellschaft entnommen hat, in jedem Falle an dieselbe zurückzuerstatten.

III. Die Wirkungen auf den Eintretenden insbesondere.

Mit dem Eintritte, d. h. mit dem Abschluss des Eintrittsvertrages, erhält der Eingetretene einen Anteil am Gesellschaftsvermögen. Wie oben § 5 gezeigt wurde, ist er mit dieser Be-

gründung eines Anteils Mitglied geworden, es treffen ihn also alle Rechte und Pflichten, die sich als Reflexe der Mitgliedschaft darstellen. Welche Rechte und Pflichten dies im einzelnen sind, soll im Folgenden kurz dargelegt werden.

§ 15.
Die Rechte des Eintretenden.

Nach § 1 Absatz 1 HGB. ist Kaufmann jeder, der ein Handelsgewerbe betreibt. Bei der offenen Handelsgesellschaft sind es die einzelnen Mitglieder, die das Handelsgewerbe in ihrer gesamthändischen Verbundenheit unter der Firma der Gesellschaft betreiben. Sie sind infolgedessen sämtlich als Kaufleute im Sinne des HGB. § 1 anzusehen, und der Neueintretende wird mithin — sofern er es nicht schon früher war — durch seinen Eintritt Kaufmann.

Diese Ansicht ist allerdings von Wolff[26]) neuerdings bestritten worden mit m. E. unzutreffenden Gründen. Wolff hat die Behauptung aufgestellt, nicht der einzelne Gesellschafter, sondern die Gesellschaft als solche sei allein Kaufmann im Sinne des Handelsgesetzbuches. Er begründet seine Ansicht damit, dass der einzelne Gesellschafter der Gesellschaft „als unverbundene Person durchaus wie ein Dritter“ gegenüberstehe.[27]) Nach der in der vorliegenden Arbeit vertretenen Ansicht von dem Wesen der gesamten Hand kann aber gerade dieser Auffassung nicht zugestimmt werden, dass der Gesellschafter der Gesellschaft als unverbundene Person gegenüberstehe. Wenn auch, — wie oben Seite 22 ausgeführt — die Gesellschaft dem einzelnen Gesellschafter gegenüber mit einer gewissen Selbständigkeit ausgestattet ist, so geht diese doch nicht so weit, dass die Persönlichkeit des einzelnen Gesellschafters dahinter verschwindet. Völlig als unverbundene Person würde der Einzelne der Gesellschaft nur dann gegenüberstehen, wenn sie — was

[26]) in seiner Abhandlung: Ueber einige Grundbegriffe des Handelsrechts. Sonderabdruck aus der Festgabe für Gierke zum Doktorjubiläum 1910.

[27]) a. a. O. Seite 2.

wir oben Seite 13 ff. ausdrücklich ablehnten — als juristische Person anzusehen wäre. Nicht die Gesellschaft als selbständiges Rechtssubjekt also ist es u. E., die das Handelsgewerbe betreibt, sondern die einzelnen Gesellschafter in ihrer gesamthändischen Verbundenheit sind die Gewerbetreibenden. Sie sind es demnach auch, denen die Kaufmannseigenschaft aus § 1 HGB. zuerkannt werden muss.

Dass dem neueingetretenen Gesellschafter mit seinem Eintritt grundsätzlich nach § 114 Abs. 1 bezw. 125 Abs. 1 kraft seiner neu erworbenen Gesellschafterstellung sowohl die Geschäftsführungs- als auch die Vertretungsbefugnis zusteht, war bereits erwähnt worden, ebenso dass es dabei auf die Stellung des gleichzeitig ausgetretenen alten Gesellschafters nicht ankommt.

Da der Neueingetretene durch den Erwerb eines Anteils vollberechtigtes Mitglied geworden ist, so stehen ihm alle Rechte, die das Gesetz oder der Gesellschaftsvertrag den Gesellschaftern gewährt, ebenfalls zu. Hierher gehört namentlich — soweit es sich nicht um pekuniäre Rechte handelt — das Kontrollrecht des § 118 HGB., das ihm auch bei Ausschluss von der Geschäftsführung gewährt werden muss, und das, auch wenn es ihm durch den Gesellschaftsvertrag entzogen oder beschränkt ist, doch bei begründeter Annahme unredlicher Geschäftsführung eines anderen Gesellschafters stets geltend gemacht werden kann.

Weiter ist in diesem Zusammenhang das Recht zu nennen, bei Beschlüssen der Gesellschafter mitzuwirken. (§ 119 HGB.).

Auch auf vermögensrechtlichem Gebiet erwirbt der Neueingetretene alle Rechte des Gesellschafters. Ueber die Gewinnbeteiligung entscheidet in erster Linie der Gesellschaftsvertrag. Ist er auf Grund eines Vertrages zu seinen Gunsten in die Gesellschaft eingetreten, so wird im Zweifel anzunehmen sein, dass dieselbe Gewinnbeteiligung für ihn massgebend sein soll, die dem ausgeschiedenen Gesellschafter zustand.

Enthält der Gesellschaftsvertrag keine Bestimmungen, so kann der Eingetretene von seinem Eintritt ab (entsprechend dem § 121 Abs. 2 HGB.) eine Prioritätsdividende von 4%, evtl. auch weniger, seines Kapitalanteiles (d. h. vorläufig: des Geld

wertes seiner Einlage[28]) verlangen. Von dem etwaigen Ueberschuss gebührt ihm sodann ein Kopfteil nach § 121 Abs. 3. Ausserdem ist er berechtigt, zu seinem Lebensunterhalt nach Schluss des Geschäftsjahres 4% seines Kapitalanteiles aus der Gesellschaftskasse zu entnehmen.

Für den Fall, dass er zu Gesellschaftszwecken Aufwendungen macht, oder unmittelbar durch seine Geschäftsführung oder aus Gefahren, die mit ihr untrennbar verbunden sind, Verluste erleidet, kann er von der Gesellschaft Ersatz verlangen (§ 110 HGB.).

§ 16.

Die Pflichten des Eingetretenen.

Den Rechten, die der Neueingetretene in der Gesellschaft erwirbt, stehen auf der anderen Seite schwerwiegende Pflichten gegenüber, die sich in allgemeine und vermögensrechtliche zerlegen lassen.

Was zunächst die allgemeinen Pflichten angeht, so ist der Eintretende, wie jeder Gesellschafter, nach § 705 BGB. verpflichtet, die Erreichung des Gesellschaftszweckes in der durch den Gesellschaftsvertrag bestimmten Weise zu fördern.

Eine besondere Pflicht tritt sodann für ihn als offenen Handelsgesellschafter insofern hinzu, als er nach § 112 HGB. sich jeder geschäftlichen Betätigung in dem Handelszweige der Gesellschaft für eigene Rechnung zu enthalten hat, und an einer anderen gleichartigen Handelsgesellschaft nicht als persönlich haftender Gesellschafter teilnehmen darf. Der Eintritt in die offene Handelsgesellschaft kann also eventuell für ihn den Austritt aus einer anderen zur Folge haben. Wenn allerdings die übrigen Gesellschafter einer solchen Konkurrenztätigkeit zustimmen, so gilt das Verbot des § 112 nicht. Es zeigt sich übrigens bei dieser Gelegenheit, dass die Annahme der Uebertragung der Mitgliedschaft beim Eintritt für einen ausscheidenden Gesellschafter manchmal zu absurden Resultaten führt. Bei ihrer konsequenten Durchführung müsste man nämlich annehmen, dass,

---

[28]) vgl. Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts S. 672 II.

wenn dem alten Gesellschafter der Betrieb eines Konkurrenzunternehmens gestattet war, dieses Recht ohne weiteres auch für den Neueingetretenen gelten müsse, da ja alle Rechte aus dem Gesellschaftsverhältnis, die dem Ausgetretenen zustanden, übertragen sind. Davon kann aber m. E. keine Rede sein. Eine Befreiung von dem Verbot des § 112 kann vielmehr nur in jedem Falle von den übrigen Gesellschaftern besonders erteilt werden.

Bezüglich der vermögensrechtlichen Pflichten hat zunächst der Eintretende, wie jeder Gesellschafter, eine Einlage zu machen, die in der Uebertragung beliebiger Vermögensgegenstände, evtl. auch in blosser Dienstleistung bestehen kann.

Es ist bereits darauf hingewiesen worden, (oben Seite 64 ff.) dass bei gleichzeitigem Aus- und Eintritt der Eintretende nicht immer diese Einlage de facto zu erfüllen braucht, sondern dass er sich von dem Austretenden den Anspruch auf die Auseinandersetzungsquote abtreten lassen kann und mit diesem Anspruch dann gegen den Anspruch der Gesellschaft auf Leistung der Einlage aufrechnen kann. Es wird in diesem Falle die Einlage dem Kapitalanteil des ausgeschiedenen Gesellschafters zur Zeit seines Austrittes gleichkommen, sie kann aber natürlich auch grösser oder kleiner sein.

Die Frage, ob die Bewirkung der Einlage in die Gesellschaft einer Form bedarf, ist von der Natur des Gegenstandes abhängig, der eingebracht wird. Es geht nämlich, da die Einlage in das Gesellschaftsvermögen kommt, das Eigentum daran an ein neues Rechtssubjekt über (nämlich an die Gesamtheit der Gesellschafter), und es finden deshalb die Vorschriften des bürgerlichen Rechts Anwendung, d. h. Forderungen müssen zediert, bewegliche Sachen übergeben, Grundstücke aufgelassen werden. Und zwar muss diese Auflassung hinsichtlich des ganzen Grundstücks erfolgen, da der Eintretende nicht etwa zu einem Bruchteil Eigentümer bleibt.[29])

War der eintretende Gesellschafter bösgläubig, so kann ein gutgläubiger Erwerb der Einlage durch die Gesellschaft nicht

[29]) Dies nimmt an: Nagler, a. a. O., S. 744.

stattfinden, da der Einbringende mit seinem bösen Glauben nicht gesamthänderischer Mitträger des Eigentums werden kann.[30])

Die Hauptpflicht, die den eintretenden Gesellschafter in vermögensrechtlicher Beziehung trifft, wird ihm durch § 130 HGB. auferlegt. Dieser bestimmt, dass jeder eintretende Gesellschafter gleich den anderen unbeschränkt und solidarisch für die Gesellschaftsschulden nach Massgabe der §§ 128, 129 hafte. Die Haftung erstreckt sich auf alle Gesellschaftsverbindlichkeiten, die die Gesellschaft seit ihrem Bestehen eingegangen ist und besteht auch, wie wir sahen, für den Auseinandersetzungsanspruch des gleichzeitig mit dem Eintritt ausgeschiedenen Gesellschafters. Eine Aenderung der Firma durch den Eintritt oder Austritt ist für sie völlig unerheblich (§ 130 HGB.).

Juristisch stellt sich diese Haftung des Neueingetretenen nicht dar als eine kumulative Schuldübernahme, wie Schubert annimmt;[31]) denn der Neueintretende haftet nicht neben der Gesellschaft, sondern als Mitglied der Gesellschaft ergibt sich für ihn die Haftung aus der Mitgliedschaft, als deren Reflex sie erscheint.[32])

Diese Pflicht der unbeschränkten Haftung entsteht deshalb auch m. E., da sie ein Reflex der Mitgliedschaft ist, sofort mit deren Begründung, d. h. sofort mit dem Eintritt des Gesellschafters, nicht erst, wie Staub[33]) und Makower[34]) annehmen, mit Eintragung in das Handelsregister oder, nachdem die offene Handelsgesellschaft nach dem Eintritte des Gesellschafters ihre Geschäfte fortgesetzt hat.[35])

In der Frage, ob die offene Handelsgesellschaft auch für unerlaubte Handlungen haftet, hat sich die herrschende Meinung heute auf den Standpunkt gestellt, dass auch deliktische Schul-

---

[30]) vgl. Knoke, R. d. Gesellschaft S. 96/97.
[31]) Schubert, Eintritt Diss. S. 47 ff.
[32]) vgl. ähnlich Hagemann, Eintritt Diss. S. 95.
[33]) Anm. 4 zu § 130 S. 554.
[34]) § 130 Anm. I b S. 351.
[35]) ebenso Behrend S. 520 Anm. 21.

den der offenen Handelsgesellschaft möglich sind, und die Haftung der Gesellschafter sich demgemäss auch auf diese erstreckt.[36])

Es mag zum Schluss nicht unerwähnt bleiben, dass die Haftung des einzelnen Gesellschafters durch besondere Vereinbarung mit dem betreffenden Gesellschaftsgläubiger beschränkt werden kann, und dass ebenso im Innenverhältnis abweichende Regelung bezüglich der Haftung getroffen werden kann. Auf Dritte hat aber eine derartige Vereinbarung nach ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift (§ 128 Satz 2 HGB.) keine Wirkung.

---

[36]) Gierke Gen.-Th. S. 560 Anm. 1; Staub § 126 Anm. 4 S. 536; § 128 Anm. 15 S. 547. Lehmann-Ring § 124 Nr. 3 S. 260. A. A. Behrend, § 73 S. 519.

Literatur-Verzeichnis.

I. Lehrbücher, Kommentare und einzelne Abhandlungen.

Affolter: Die rechtliche Natur der offenen Handelsgesellschaft im Archiv für bürgerl. Recht von Kohler etc. Bd. 5 S. 1 ff.

Adler: Zur Entwickelungslehre und Dogmatik des Gesellschaftsrechtes 1895.

Basch: Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch. 4. Aufl. 1895.

Behrend: Lehrbuch des Handelsrechts. 2 Bde. 1886.

Beseler: System des gemeinen deutschen Privatrechts. 1873.

Brunner: Deutsche Rechtsgeschichte. Bd. I, 2. Aufl. 1906.

Cosack: Lehrbuch des Handelsrechts. 7. Aufl. 1910.

— Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1. und 2. Aufl. 1900.

Dahn: Handelsrechtliche Vorträge. 1875.

Dorst: Der Kaufmann, Die Gesellschaften des HGB. und die G. m. b. H. 2. Aufl. 1911.

Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch. Kommentar 1899.

Eccius; Die Stellung der offenen Handelsgesellschaft als Prozesspartei in der Zeitschr. f. d. gesamte Handelsrecht. Bd. 32 S. 1 ff.

Ehrenberg: Handbuch des gesamten Handelsrechts. Erster Band. 1913.

Endemann, F.: Einführung in das Studium des BGB. Bd. I 9. Aufl. 1903.

Endemann, W.: Handbuch des Handels-, See- und Wechselrechts. Bd. 1 1881.

Enneccerus: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts I. Bd. 2. Abt. 4. und 5. Aufl. 1910.

Festgabe für Dernburg z. 50jähr. Doktorjubiläum. Berlin 1900.

Gareis: Das Handelsgesetzbuch. Handausgabe. 1896.

— Das Deutsche Handelsrecht. 6. Aufl. 1899.

Gaupp-Stein: Die Zivilprozessordnung. Kommentar Bd. II 4. Aufl. 1902.

Gierke: Die Genossenschafts-Theorie und die deutsche Rechtsprechung. 1887.

— Genossenschaftsrecht. 1868.

— Deutsches Privatrecht. Bd. I 1895.

— Grundzüge des Handelsrechts bei Holtzendorff-Kohler. 6. Aufl. Bd. I 1904.

— Vereine ohne Rechtsfähigkeit i. d. Festgabe für Dernburg. 1900.

— Handelsgesellschaftsrecht und bürgerliches Recht im Archiv f. bürgerl. Recht von Kohler etc. Bd. 19 S. 114 ff.

— Das Wesen der menschlichen Verbände. Rektorratsrede. Berlin 1902.

Goldschmidt: Handbuch des Handelsrechts. 1. Lieferung: Universalgeschichte des Handelsrechts. 3. Aufl. 1891.
Harburger: Handausgabe der KO. 2. Aufl. 1907.
von Hahn: Kommentar zum ADHGB. Bd. I 2. Aufl. 1871.
Hellwig: Die Verträge auf Leistung an Dritte. 1899.
— Anspruch und Klagerecht. 1900.
Hölder: Ueber das Wesen der juristischen Personen. Rektorratsrede. Erlangen 1886.
Jöerges: Zur Lehre vom Miteigentum und der gesamten Hand i. d. Zeitschr. f. d. gesamte Handelsrecht. Bd. 49 S. 140 ff.
Keyssner: Die Erhaltung der offenen Handelsgesellschaft gegen die Auflösungsgründe des ADHGB. 1870.
Knoke: Das Recht der Gesellschaft nach dem BGB. 1901.
— Eintritt eines neuen Gesellschafters in die Gesellschaft im Archiv f. bürgerl. R. von Kohler etc. Bd. 20 S. 170 ff.
Kohler: Substanzrecht und Wertrecht im Archiv f. d. civilistische Praxis. Bd. 91 S. 204 ff.
Kuntze: Prinzip und System der Handelsgellschaften i. d. Zeitschr. f. d. gesamte Handelsrecht. Bd. 6 S. 178 ff.
Laband: Beiträge zur Dogmatik der Handelsgesellschaften i. d. Zeitschrift f. d. gesamte Handelsrecht. Bd. 30 S. 467 ff. Bd. 31 S. 1 ff.
Lehmann: Lehrbuch des Handelsrechts. 2. Aufl. 1912.
Lehmann-Ring: Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich. Kommentar Bd. 1 1902.
Makower: Handelsgesetzbuch mit Kommentar. Bd. 1 13. Aufl. 1906.
Meurer: Die juristischen Personen nach Deutschem Reichsrecht. 1901.
Nagler: Die gesamte Hand im Gesellschaftsrechte im Sächs. Archiv f. bürgerl. Recht unh Prozess. Bd. 10 S. 695 ff.
Oertmann: Das Recht der Schuldverhältnisse.
Planck: Das bürgerliche Gesetzbuch. Kommentar Bd. 2 1. und 2. Aufl. 1901.
Rehme: Die Lübecker Handelsgesellschaften in der 1. Hälfte des 14. Jahrhunderts i. d. Zeitschr. f. d. gesamte Handelsrecht. Bd. 42 S. 367 ff.
Renaud: Das Recht der Commanditgesellschaften. 1881.
Schmidt: Handelsgesellschaften in den deutschen Stadtrechtsquellen des Mittelalters. 1883.
Seuffert: Kommentar zur ZPO. Bd. 2, 8. Aufl. 1902.
Staub: Die Vereinbarung der Fortsetzung der offenen Handelsgesellschaft mit den Erben eines Gesellschafters in Gruchots Beiträgen z. Erl. d. dtsch. Rechts. Bd. 42 S. 611 ff.
Staub's Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 9. Aufl. Bearbeitet von Könige, Pinner und Bondi. 1913.

Stobbe: Handbuch des deutschen Privatrechts, 2. Aufl. 1882.
— Miteigentum und gesamte Hand i. d. Zeitschr. für Rechtsgeschichte. Bd. 4 S. 207 ff.
Thöl: Das Handelsrecht. 6. Aufl. 1899.
Unger: Personengesamtheit und offene Handelsgesellschaft in Jhering's Jahrbüchern für Dogmatik. Bd. 25 S. 239 ff.
Wach: Handbuch des deutschen Zivilprozessrechtes. 1885.
Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts. 2. Aufl. 1906.
Wolff M.: Ueber einige Grundbegriffe des Handelsrechts in der Festgabe für Gierke Breslau 1910.

II. Zeitschriften und Entscheidungen.

Archiv für bürgerliches Recht. Herausg.: Kohler, Ring, Oertmann etc. Bd. 5, 19, 20.
Archiv für Zivilistische Praxis, herausgeg. von Franklin, Rümelin etc. Bd. 91.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Entscheidungen des Reichs-Ober-Handelsgerichts.
Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts herausgeg. von Rassow, Küntzel etc. Bd. 42.
Holdheim's Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen. Bd. 11.
Jhering's Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. Bd. 25.
Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozess, herausgeg. von Hoffmann, Sommerlatt etc. Bd. 10.
Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte, herausgeg. von Schütt. Bd. 54.
Zeitschrift für Rechtsgeschichte, herausgeg. von Rudorff, Bruns etc. Bd. 4.
Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, herausgeg. von Goldschmidt u. a. Bd. 6, 30, 31, 32, 42, 49.

III. Dissertationen.

Blume: Der Eintritt neuer Gesellschafter in eine offene Handelsgesellschaft. Greifswald 1908.
Böhmer: Ausscheiden von Mitgliedern aus der offenen Handelsgesellschaft. Leipzig 1906.
Gressler: Der Eintritt eines Gesellschafters in die offene Handelsgesellschaft. Leipzig 1906.
Hagemann: Der Eintritt eines Gesellschafters in die offene Handelsgesellschaft. Jena 1911.
Köhler: Ueber die Möglichkeit des Mitgliederwechsels bei der offenen Handelsgesellschaft. Heidelberg 1905.
Schubert: Der Eintritt in die offene Handelsgesellschaft. Heidelberg 1904.

Lebenslauf.

Ich, Heinrich Chr. Krüer, wurde am 23. Mai 1891 zu Hemelingen (Prov. Hannover) geboren. Nachdem ich zunächst bis zu meinem vierzehnten Lebensjahre die Volksschule meines Heimatortes besucht hatte, trat ich nach anderthalbjähriger privater Vorbereitung in die Obersekunda der Oberrealschule zu Bremen ein und erwarb an dieser Schule Ostern 1910 das Zeugnis der Reife. Hierauf widmete ich mich dem Studium der Rechtswissenschaft und bezog zu diesem Zwecke zunächst auf zwei Semester die Universität Heidelberg und dann auf zwei weitere die Universität Berlin. Während der letzten drei Semester war ich an der Kaiser Wilhelms-Universität Strassburg immatrikuliert, wo ich vornehmlich bei den Herren Prof. Laband, Rehm, Kisch, von Tuhr und M. E. Mayer Vorlesungen hörte. Am 17. Februar 1914 bestand ich vor dem Kaiserlichen Ministerium in Strassburg die erste juristische Prüfung.